

**Die „drohende Gefahr“
und ihre Auswirkungen auf die
Rechtsstellung der Zivilperson gegenüber
der öffentlichen Gewalt**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaften der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

Vorgelegt von
HELMUT DRÖGE
Referendar aus Magdeburg

1960

Druck: Kunstdruckerei und Verlagsanstalt Fritz Dröge, Schötmar i. L.

Die „drohende Gefahr“
und ihre Auswirkungen auf die
Rechtsstellung der Zivilperson gegenüber
der öffentlichen Gewalt

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechtswissenschaften der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

Vorgelegt von
HELMUT DRÖGE
Referendar aus Magdeburg

7525/
67

1. Berichterstatter: Prof. Dr. jur. Hans Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. jur. Hans Ulrich Scupin

Dekan: Prof. Dr. jur. Rudolf Gmür

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Februar 1960



Dem
Andenken meines Vaters
1900 — 1960

Inhaltsübersicht

	Seite
<i>Einleitung:</i> Die Abgrenzung des Themas	1
Erster Hauptteil: Der allgemeine Gefahrenbegriff	3
<i>Kapitel I.</i> Die polizei- und ordnungsrechtliche Gefahr	3
§ 1: Die „Gefahr“ als zentraler Begriff des Polizei- und Ordnungsrechts	3
§ 2: Die Definition des allgemeinen Gefahrenbegriffs	7
a) Der Schaden	9
b) Die Abgrenzung der Gefahr von bloßen Belästigungen	15
c) Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts	17
d) Die Unmittelbarkeit des Schadenseintritts	21
e) Zusammenfassung und Definition	22
§ 3: Das gefährdete Rechtsgut	22
a) Das Kriterium der „Öffentlichkeit“	24
aa) Störungen müssen nach außen in Erscheinung treten	24
bb) Selbstgefährdungen	25
cc) Gefahren für Einzelpersonen	26
b) Die öffentliche Sicherheit	27
aa) Der Bestand des Staates	28
bb) Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen	29
cc) Die Leichtigkeit des Verkehrs	29
dd) Die Ursachen der Gefahr	29
c) Die öffentliche Ordnung	31
§ 4: Die Verteilung der Gefahrenabwehr auf verschiedene Behörden und ihre Auswirkung auf den Gefahrenbegriff	
a) Historisches	32
aa) Sicherheits- und Verwaltungspolizei	32
bb) Die Abtrennung der Verwaltungspolizei	34
b) Allgemeine Grundsätze der Aufgabenverteilung	35
c) Die konkrete Rechtslage in Nordrhein-Westfalen	37
aa) Zuständigkeit der Polizei auf Grund von besonderen Gesetzen oder Rechts-Verordnungen	39
bb) Zuständigkeit der Polizei ohne besondere Rechtsgrundlagen	39
d) Ergebnis: Die spezifische Situation bei der „exekutivpolizeilichen“ bzw. bei der „ordnungsbehördlichen“ Gefahr	43

<i>Kapitel II.</i>	Der allgemeine Gefahrenbegriff in den übrigen Gesetzen	46
§ 5:	Die strafrechtliche Gefahr	46
a)	Die unterschiedliche Verwendung des Gefahrenbegriffs im StGB.	46
b)	Der subjektive und der objektive Gefahrenbegriff	47
c)	Gefahrenzustand und Gefahrenmöglichkeit	48
d)	Die Definition der strafrechtlichen Gefahr	50
§ 6:	Der Gefahrenbegriff des Grundgesetzes und des Bundesleistungsgesetzes	53
a)	Das Grundgesetz	53
b)	Das Bundesleistungsgesetz	54
c)	Das geschützte Rechtsgut	55
aa)	In Art. 13 Abs. III GG	55
bb)	Im Bundesleistungsgesetz	56
§ 7:	Ergebnisse	57
Zweiter Hauptteil: Die verschiedenen Gefahrenbegriffe		58
<i>Kapitel I.</i>	Die einfache Gefahr	60
§ 8:	Klärung der Begriffe	60
a)	Die im einzelnen Falle bevorstehende Gefahr	61
b)	Die im einzelnen Falle bestehende Gefahr	63
c)	Die Gefahr des Art. 5 Abs. II, Ziff. 3 b, c PAG	63
d)	Gemeinsames	64
§ 9:	Die Eingriffe in Grundrechte, die auf Grund der einfachen Gefahr erfolgen können	65
a)	Beschränkungen bezüglich des Personenkreises, gegen den vorgegangen werden kann: Der Störer	65
b)	Die Mittel, derer sich die Behörden bei der Abwehr einer einfachen Gefahr gegenüber einer Zivilperson bedienen dürfen	70
aa)	Die Bedeutung des Art. 2 Abs. I GG für die Gefahrenabwehr	70
bb)	Die konkrete Rechtslage	83
	I. Gefährdung des Sittengesetzes, der Rechte anderer oder der verfassungsmäßigen Ordnung durch Mißbrauch eines Grundrechts, Zurückweisung des Störers in seine Schranken	83
	II. Gefährdung des Sittengesetzes, der Rechte anderer oder der verfassungsmäßigen Ordnung durch Mißbrauch eines Grundrechts, Eingriffe in andere als das mißbrauchte Grundrecht	85
	III. Gefährdung der über die Schranken des Art. 2 Abs. I GG hinausgehenden Bereiche der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	86

1. Die vorkonstitutionellen Gesetze	86
a) Brief- und Postgeheimnis	86
b) Freizügigkeit	86
c) Leben und körperliche Unversehrtheit	87
d) Die Freiheit der Person	87
e) Die freie Meinungsäußerung und Eigentum und Erbrecht	87
2. Die nachkonstitutionellen Gesetze	88
a) Leben und körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person, Eigentum und Erbrecht	88
b) Freizügigkeit, freie Meinungsäußerung	88
<i>Kapitel II. Die Steigerung der Dringlichkeit der Gefahr</i>	90
§ 10: Die besonderen Gefahrenbegriffe	90
a) Die unmittelbar bevorstehende Gefahr	95
b) Die gegenwärtige Gefahr	95
c) Die unmittelbar bedrohende Gefahr und die unmittelbare Gefahr	97
d) Die dringende Gefahr	97
e) Die unmittelbar bevorstehende, erhebliche Gefahr und die dringende und erhebliche Gefahr	98
f) Die erhebliche Gefahr in § 1 Freiheitsentziehungsgesetz Hessen	99
g) Die drohende Gefahr für Leib oder Leben in § 22 Abs. I S. 2 PolGes BadWü	100
h) Die drohende Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes	101
§ 11: Erweiterung der Befugnisse der Staatsgewalt in bezug auf den in Anspruch zu nehmenden Personenkreis: Der polizei- und ordnungsbehördliche Notstand	102
a) Subsidiarität des Einschreitens gegen einen Unbeteiligten	103
b) Die Vorflichtigkeit der Behörde	104
c) Zumutbarkeit	104
d) Die Grenzen von Notstandsmaßnahmen	104
§ 12: Erweiterung der Befugnisse der Staatsgewalt bezüglich des Kreises der einschränkaren Grundrechte	105
a) Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit	106
b) Die Freiheit der Person	106
aa) Die Rechtslage nach den einzelnen Gesetzen	107
1. Die Polizei- und Ordnungsgesetze	107
2. Die Unterbringungsgesetze	110
bb) Das Verhältnis der Freiheitsentziehungsgesetze zu Art. 104 GG	112
c) Die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit	114
d) Das Recht auf freie Meinungsäußerung	114
e) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre	115

	Seite
f) Die Versammlungsfreiheit	115
g) Das Brief- und Postgeheimnis	115
h) Das Recht auf Freizügigkeit	116
i) Die Unverletzlichkeit der Wohnung	116
aa) §§ 3 SOG, 19 PVG RhldPf und 25 Abs. I PolGes BadWü	117
bb) §§ 16 prPVG und 5 PolGes SchlH	117
cc) § 31 Abs. I PolGes Hess	117
dd) § 1 Abs. I Ziff. 1 BLeistG	118
ee) §§ 31 Abs. IIa PolGes Hess, 3 Abs. III SOG und 25 Abs. IV PolGes Bad Wü: Der Schutz gewerblicher Räume	119
k) Das Eigentum	119
<i>Kapitel III. Die quantitative Steigerung des Grades der Gefahr</i>	122
§ 13: Die besonderen Gefahrenbegriffe	123
a) Die gemeine Gefahr	123
aa) — ee) § 330c StGB und die Gefahr für einen Einzelnen	124 — 127
b) Die Lebensgefahr	128
c) Die „unmittelbare Gefahr für das menschliche Leben“ in Art. 32 PAG und die „unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit“ in § 13 Abs. I S. 2 BVersG	128
§ 14: Die unterlassene Hilfeleistung des § 330c StGB	129
a) Der Umfang der Hilfspflicht	129
aa) Erforderlichkeit	130
bb) Zumutbarkeit	130
cc) Begriff der „Hilfeleistung“	130
b) § 330c StGB und Polizei	131
§ 15: Die sonstigen, zur Abwehr einer quantitativ gesteigerten Gefahr möglichen Rechtseingriffe	132
a) Die gemeine Gefahr	133
b) Die Lebensgefahr für einzelne Personen	133
c) Die unmittelbare Gefahr für das menschliche Leben	133
d) Die unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit	133
<i>Zusammenfassung: Die gefundenen Ergebnisse</i>	134

Schrifttumsverzeichnis

- Abraham, Hans Jürgen*
Achilles-Greif
Altmeyer - De Clerck
Arndt - Guelde
Bachof, Otto
Barkhau, Werner
Bauch, Botho
Baur, Wilhelm
Berner, G.
Biermann, Johannes
Biermann, Johannes
Binding, Karl
Binding, Karl
Bock, Ludwig
v. Brauchitsch, M.
Brill, L.
Bumbacher, J. A.
v. Buri
Dalcke, Albert
Denecke, Johannes
- Art. 14 im Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1950.
 BGB, Kommentar, 21. Auflage, Berlin 1958.
 Polizeiverwaltungsgesetz, von Rheinland-Pfalz, Kommentar, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Siegburg 1956.
 Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs, Kommentar, Düsseldorf, 1953.
 Ein neues Polizeigesetz in Bayern, Teil II, in DÖV 1955, S. 105 ff.
 Öffentlichrechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen, Stuttgart und Köln 1954.
 Das Bundesleistungsgesetz, in DÖV 1957, S. 161 ff.
 § 904 in: SOERGEL, Th., Kommentar zum BGB, 8., neubearbeitete Auflage, Band III, Stuttgart und Köln, 1953—1954.
 Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern, Textausgabe mit Anmerkungen, Verweisungen und einem Stichwortverzeichnis, München 1955.
 Privatrecht und Polizei.
 Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Kommentar, Berlin 1898.
 Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band II, erste Abteilung, 2., vermehrte Auflage, Leipzig 1904.
 Die Normen und ihre Übertretung, 3. Auflage, Band I, Leipzig 1916.
 Kausalität, Schuld und Rechtswidrigkeit im Polizeirecht, in den „Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht“, Stuttgart 1933.
 Die neuen Preussischen Verwaltungsgesetze, Band I., 21. Auflage, achte Bearbeitung, Berlin 1911.
 Die freiheitliche demokratische Grundordnung, in „Der Deutsche Beamte“, 1956, S. 19/20.
 Die öffentliche Ordnung, eine Schranke der Freiheitsrechte, Diss. jur., Zürich 1956.
 Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch in: „Der Gerichtssaal“, Bd. 40, Stuttgart 1888, S. 503 ff.
 Strafrecht und Strafverfahren, 36., völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage von E. Fuhrmann u. K. Schäfer, Berlin 1955,
 § 904 im RGR-Kommentar zum BGB, Band III, 10. Auflage, Berlin 1954.

- Denecke, Johannes und Oegg, F.* §§ 249 ff. im RGR-Kommentar zum BGB, Band I, 10. Auflage, Berlin 1953.
- Drems, Bill* Allgemeines Polizeirecht, Ein Leitfaden für Polizeibeamte und das wissenschaftliche Studium, 6. Auflage, völlig Neubearbeitet durch G. Wacke, Berlin-Köln 1952 ff.
- Drems - Lassar* Allgemeines Polizeirecht, in v. Brauchitsch, M., Verwaltungsgesetze für Preußen, Band II, 1. Halbband, 22. Auflage, Berlin 1932.
- Dürig, Günter* Artikel 2 des Grundgesetzes und die Generalmächtigung zu allgemeinen polizeilichen Maßnahmen, in AöR, Band 79, S. 57 ff.
- Dürig, Günter* Die Verwirkung von Grundrechten nach Artikel 18 des Grundgesetzes, JZ 1952, S. 513 ff.
- Dürig, Günter* Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, Diss. jur., München 1949, Maschinenschrift.
- Emmerig, Ernst* Ein neues Polizeigesetz in Bayern, Teil I, in DÖV 1953, S. 100 ff.
- Ender, K.* Hoheitliches und privatrechtliches Handeln der Polizei bei der Aufforderung eines unbeteiligten Dritten zur Hilfeleistung in Notfällen, Diss. jur., Marburg 1957.
- Enderling, Günter* Die Aufgaben der Ordnungsämter, in „Der Verwaltungsdienst“, Heft 11, 2., umgearbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart und Köln 1952.
- Enderling, Günter* Kommunale Ordnungsverwaltung, in Peters, H.: „Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis“, Band II, Berlin — Göttingen — Heidelberg, 1957, S. 667 ff., zitiert als: Enderling, im Handbuch.
- Enneccerus - Lehmann* Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
- Erman, Walter* (Herausgeber) Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Auflage, Münster 1958.
- Eschenburg, Theodor* Staat u. Gesellschaft in Deutschland, 1. Auflage, Stuttgart 1956.
- Finger, August* Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht, in: Festgabe für R. v. Frank, Band I, Tübingen 1930.
- Fléiner, Fritz* Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8., neubearbeitete Auflage, Tübingen 1928.
- Frank, Reinhard* Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, vielfach umgearbeitet, 16. Auflage, Tübingen 1925.
- Franzen, Wilhelm* Lehrkommentar z. Polizeiverwaltungsgesetz, Greifswald 1932.
- Friedrichs, Karl* „Gefahr“, in PrVBl, Band 42, S. 51 ff.
- Friedrichs, Karl* Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, Kommentar, 2., neubearbeitete Auflage, Berlin 1932.
- Friesenhahn, Ernst* Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in „Recht — Staat — Wirtschaft“, Schriftenreihe für staatswissenschaftliche Fortbildung, Band II, Stuttgart — Köln 1950, S. 239 ff.
- Froelich, E.* in Scholz, F., Handbuch des gesamten öffentlichen Grundstücksrechts, Abschnitt III, „Allgemeine öffentlichrechtliche Stellung des Grundstückseigentümers“, S. 54 ff., Köln 1932.
- Füßlein, Rudolf Werner* Rechtliche Probleme des Versammlungsgesetzes, in DVBl. 1954, S. 553 ff.

- Füßlein, Rudolf Werner und
Geeb, Hans K.* Versammlungsgesetz, Handausgabe mit eingehenden Erläuterungen, Berlin und Frankfurt a. M. 1954, zitiert als: Füßlein, Kommentar.
- Galette, Alfons* Zur Entwicklung des „Polizei- und Ordnungsrechts“, in DVBl 1955, S. 276 ff. und S. 313 ff.
- Gallas, Wilhelm* Zur Revision des § 330c StGB, in JZ 1952, S. 396 ff.
- Giese - Neuroim - Cahn* Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin, Wien, 1930.
- Giese - Schunk - Winkler* Verfassungsrechtsprechung in der Bundesrepublik, Entscheidungssammlung, (Kommentar) Frankfurt a. M., Loseblattausgabe.
- Gönnenwein, Otto* Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in den Ländern der amerikanischen und französischen Besatzungszone, in VVdStRL, Heft 9, Berlin 1952, S. 181 ff.
- Gürtner, Franz
(Herausgeber)* Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, Berlin 1935.
- Haas, Diether* Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in DÖV 1954, S. 70 ff.
- Haas, Diether* System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955.
- Hafer, Ernst* Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Hälfte, Berlin 1937, 2. Hälfte, Berlin 1943.
- Hamann, Andreas* Die verfassungsmäßige Ordnung, in BB 1957, S. 229 ff.
- Handwörterbuch der
Kommunalwissenschaften* Jena 1924.
- Heck, Philipp* Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.
- Henckel, H.* Der Gefahrenbegriff im Strafrecht, Diss. jur., Göttingen 1930.
- Herrmann, H.* Zum Begriff der Gefahr, insbesondere der Gemeingefahr, im deutschen Strafrecht, Diss. jur., Tübingen 1939.
- Holtkotten, Hans* Art. 104 im Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1950 ff.
- Huber, Ernst Rudolf* Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Band II, Tübingen 1954.
- v. Humboldt, Wilhelm* Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates. Mit einer Einführung von Rudolf Pannwitz, Nürnberg 1954.
- Imboden, Max* Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in „Basler Studien zur Rechtswissenschaft“, Heft 38, Basel und Stuttgart 1954.
- Ipsen, Hans Peter* Das Verbot des Massengütertransports im Straßenverkehr, Rechtsgutachten zum Regierungsentwurf eines Straßenentlastungsgesetzes, Hamburg 1954.
- Jellinek, Walter* Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizei-Verordnungen und -Verfügungen, Tübingen 1913.
- Jellinek, Walter* Verwaltungsrecht, 3. Auflage, unveränderter Neudruck, Offenburg 1948.
- Käsb - Rösch* Bayerisches Landesstraf- und Verordnungsgesetz, Kommentar, München 1958.
- Kaufmann, Erich* Der polizeiliche Eingriff in Freiheiten und Rechte, bearbeitet von Blomeyer-Bartenstein, Nägler, Olzog, Ruprecht, aus der Reihe „Wissenschaftliche Schriften des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten in Frankfurt a. M.“, Frankfurt a. M., 1951.

<i>Kisch, Wilhelm</i>	Über die verschiedenen Bedeutungen des Wortes Gefahr im Versicherungsrecht. Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft, 17. Band, Berlin 1917, S. 488 ff.
<i>Klausener-Kerstiens-Kempner</i>	Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 nebst den Durchführungsverordnungen und Ausführungsbestimmungen sowie sämtlichen einschlägigen Erlassen, 2. Auflage, Berlin 1932.
<i>Klüber, Hans</i>	Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, in DVBl 1957, S. 827, Teil B.
<i>Knauth - Wagner</i>	Landesverwaltungsordnung von Thüringen, Kommentar, Weimar, 1927.
<i>Kohlrausch - Lange</i>	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 41. Auflage, völlig neubearbeitet von R. Lange, Berlin 1956.
<i>Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung</i> <i>Köln</i>	Das Kommunale Amt für öffentliche Ordnung im Lande Nordrhein-Westfalen, Verzeichnis der Aufgaben und Rechtsgrundlagen. Teil 1: Gewerbeüberwachung, Köln 1953. Teil 2: Aufgaben außerhalb d. Gewerbeüberwachung, Köln 1954.
<i>Kreutzer, H.</i>	Die Gesetze über die Berliner Verwaltung. Textausgabe mit Verweisungen und Sachregister, Berlin 1958.
<i>Krüger, H.</i>	Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, S. 201 ff.
<i>Lindenau</i>	Polizei- und Eigentumsschutz, in PrVBl 47, S. 575 ff.
<i>Loschelder, Wilhelm</i>	Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, in DVBl 1957, S. 819, Teil A.
<i>v. Mangoldt, Hermann</i>	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin u. Frankfurt a. M. 1953.
<i>v. Mangoldt - Klein</i>	Das Bonner Grundgesetz, 2., neubearbeitete und vermehrte Auflage, Band I, Berlin und Frankfurt a. M. 1957.
<i>Maunz, Theodor</i>	Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch. 8., unveränderte Auflage, München und Berlin 1958.
<i>Maunz - Dürig</i>	Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe, München und Berlin 1958.
<i>Maurach, Reinhart</i>	Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 2., erweiterte und verbesserte Auflage, Karlsruhe 1958. Besonderer Teil, 2., erweiterte und verbesserte Auflage, Karlsruhe 1956.
<i>Mayer, Franz</i>	Die Eigenständigkeit des bayerischen Verwaltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht, München 1958.
<i>Meisner, Christian</i>	Das in Bayern geltende Nachbarrecht, 4. Auflage, bearbeitet von J. Ring, Berlin und München 1951.
<i>Meisner - Stern - Hodes</i>	Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin. 3., verbesserte und erweiterte Auflage, Berlin 1956.
<i>Mezger, Edmund</i>	Strafrecht, I., Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch. 8., neudurchgesehene Auflage, München und Berlin 1958. II., Besonderer Teil, 6., neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1958.
<i>Mezger, Edmund</i>	§ 52 im Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 8. Auflage, Berlin 1957.
<i>v. Mohl, Rudolf</i>	Die Polizeiwissenschaft nach dem Grundsatz des Rechtsstaates. 3., vielfach veränderte Auflage, Tübingen 1866.

- Müller, H. Über Präventivpolizei, Diss. jur., Zürich 1937.
- v. Müller Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit im Polizeirecht, in RVBl 1950, S. 92 ff.
- v. Müller Der Verursachungsbegriff im Polizeirecht. RVBl 1954, S. 354 ff.
- Müller-Heidelberg, Klaus Das Niedersächsische Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951, Kommentar, 2. Auflage, bearbeitet und fortgeführt von H. W. Claus, Hannover 1956.
- Neumann - Nipperdey - Scheuner Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte.
Band II: Die Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954.
zitiert als: Neum.-Nipp.-Scheun., Band II.
- Niethammer, Emil Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950.
- Nölle, Aloys Polizeiliche Grundsätze und Begriffe, Polizeirecht für Schule und Praxis, 5. Auflage, Köln — Berlin 1958.
- Oestreicher, Ernst Bundesleistungsgesetz, Kommentar, München und Berlin 1957.
- Oetker, Friedrich Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1903.
- v. Olshausen, J. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, 12. Auflage, 1. Lieferung, Berlin 1942.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18., neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1959.
- Palmer, H. A. Harris's Criminal Law. 19th Edition, London 1954.
- Paul, H. Deutsches Wörterbuch. 4. Auflage, bearbeitet von K. Ending, Halle-Saale 1935.
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949.
- Pioch, Hans H. Das Polizeirecht einschließlich der Polizeiorganisation, 2., vermehrte Auflage, Tübingen 1952.
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band III, 1. Hälfte, 5. völlig neubearbeitete Auflage, Berlin und Leipzig 1932.
- Pomp, P. Die sog. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs, Breslau 1911 (Strafrechtliche Abhandlungen H. 134).
- Pütter, Joh. Stephan Anleitung zum Teutschen Staatsrechte. Aus dem Lateinischen übersetzt von Carl Anton Graf von Hohenthal, mit einer Vorrede und einigen Anmerkungen v. Friedrich Wernhard Grimm. Zweyter Theil, Erster Band, Bayreuth 1792.
- Rasch, Ernst Ordnungsverwaltung und Vollzuspolizei, in DVBl 1952, S. 108 ff.
- Rehbein - Reincke Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung, 5., verbesserte Auflage, Berlin 1894.
- Reiff, Hermann Polizeigesetz für Baden-Württemberg, Kommentar, Stuttgart, München, Hannover 1956.
- Reinhardt - Scheuner Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen, Tübingen 1954.
- Rietdorf, Fritz Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden — Ordnungsbehördengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, vom 16. Oktober 1956. Kommentar, Stuttgart, München, Hannover 1957.
- Rohde - Liebenau, Wolfram Grundrechte und Polizei, in DOV 1957, S. 472 ff.

- v. Rohland, W.* Die Gefahr im Strafrecht. Festschrift zum 500-jährigen Bestehen der Universität Heidelberg, Dorpat 1886.
- Roos, G.* Der Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in „Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht“, Bern 1955, S. 177 ff.
- Rotering* Polizeiliches Unrecht, Polizeigefahr, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 23. Band, Berlin 1903, S. 352 ff.
- Rotering* Gefahr und Gefährdung im Strafrecht in „Goldammer Archiv für Strafrecht“, Band 31. Berlin 1883, S. 266 ff.
- Roth, Karl E.* Die öffentlichen Abgaben und die Eigentumsgarantie im Bonner Grundgesetz, Heidelberg 1958.
- Sauer, Wilhelm* System des Strafrechts, Besonderer Teil Köln — Berlin 1954.
- Schäfer - Wichards - Wille* Das Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 nebst Ausführungsbestimmungen vom 1. Oktober 1931, Berlin.
- Schlochauer, Hans J.* Öffentliches Recht. Grundzüge des Bundesstaatsrechts und des allgemeinen Verwaltungsrechts. Karlsruhe 1957.
- Schmid, Wieland* Der Notstand im Polizeirecht, Diss. jur., Zürich 1940.
- Schmidt, Rudolf* Das Bundesleistungsgesetz, im DVBl 1956, S. 773.
- Schmidt - Pabst* Bundesleistungsgesetz vom 19. Oktober 1956 mit eingehenden Erläuterungen für die Praxis. Berlin und Frankfurt a. M., 1956.
- Schönke - Schröder* Strafgesetzbuch, Kommentar, 9., neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1959; zitiert als: Schönke.
- Scholtissek, Herbert* Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in NJW 1952, S. 561 ff.
- Scholz* Die polizeirechtliche Gefahr, Begriff Erkennbarkeit und richterliche Nachprüfung, besonders bei Polizeiverordnungen, in VArch, Band 27, 1919, S. 1 ff.
- Schwarz, Otto* Strafgesetzbuch, Kommentar, 21., durchgearbeitete Auflage, München und Berlin 1958.
- Scupin, Hans Ulrich* Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland. in: *Peters, H.*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band II, Berlin — Göttingen — Heidelberg 1957, S. 606 ff.
zitiert als: Scupin, im Handbuch.
- Senger - Kurzmann* Kommentar zum Ordnungsbehördengesetz (Nordrhein-Westfalen), Köln 1957.
- Seufert, Guenter* Bayerisches Enteignungsrecht, Kommentar, Berlin 1957.
- Seufert, Günter* § 904 in J. v. STAUDINGER's Kommentar zum BGB, Band III, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1956.
- Titze, H.* Die Notstandsrechte im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und ihre geschichtliche Entwicklung, Diss. jur., Berlin 1897.
- Trubel, Hans* Das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931, Erläutert, 5. Auflage, Hamburg 1956.
- Trübners* Deutsches Wörterbuch. Im Auftrage der Arbeitsgemeinschaft für deutsche Wortforschung herausgegeben von A. Götze, Band III, Berlin 1939.
- v. Turegg, Kurt Egon* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. neubearbeitete Auflage, Berlin 1956.
- Über, Giesbert* Freiheit des Berufs, Artikel 12 d. Grundgesetzes, Hamburg 1952.
- Vorentwurf* zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Mit Begründung, Berlin 1909.

- Warmington, L. Cr.* Stephen's commentaries on the laws of England, Volume IV, Criminal Law. 21st Edition, London 1950.
- Weber, Werner* Verwaltungsgesetze, Textausgabe des Verwaltungsrechts der ehemals preußischen Gebiete, München und Berlin 1948.
- Weimar, Wilhelm* Der Nichtstörer im Polizeirecht, in SKV 1956, S. 144 ff.
- Welzel, Hans* Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 6. Auflage, Berlin 1958.
- Werner, Wolfhart* §§ 306 ff. im Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, 8. Auflage, Berlin 1958.
- Wernicke, Kurt Georg* Art. 2, 6, 8, 13 und 19 im Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1950 ff.
- Wertenbruch* Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. I. GG, in DVBl 1958, S. 481 ff.
- Westermann, Harry* Lehrbuch des Sachenrechts, 3., erweiterte und verbesserte Auflage, Karlsruhe 1956.
- Wildanger, H.* Die Nothilfepflicht nach der neuen Fassung des § 330 c StGB, Diss. jur., Köln 1955 (Maschinenschrift).
- Wolff, Hans J.* Die Gestaltung des Polizei- und Ordnungsrechts in der britischen Besatzungszone, in VVdStRL, Heft 9, Berlin 1952, S 134 ff.
- Wolff, Hans J.* Werden des Polizei- und Ordnungsrecht in den Ländern der britischen Besatzungszone, in DVBl 1951, S. 300 ff. u. S. 334 ff.
- Wolff, Hans J.* Die Problematik der Wahrnehmung der Gefahrenabwehr durch verschiedene Behörden. Schriftenreihe des Polizeiinstituts zu Hiltrup für Oberbeamte der Polizei, Heft 3 (Juli 1958).
zitiert als: Wolff, Problematik.
- Wolff, Hans J.* Die Rechtsgrundlagen der sog. Ordnungsverwaltung im nord-westdeutschen Geltungsgebiet des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes, in MDR 1950, S. 5 ff.
- Wolff, Hans J.* Das Verfahren bei Freiheitsentziehungen, in DOV 51, S. 313 ff.
zitiert als: Wolff, Verfahren.
- Wolff, Hans J.* Verwaltungsrecht, I. Ein Studienbuch. 3., durchgesehene und ergänzte Auflage, München und Berlin 1959.
zitiert als: Wolff, Lehrbuch.
- Wolzendorff, Kurt* Die Grenzen der Polizeigewalt, 1. Teil: Über den Umfang der Polizeigewalt im Polizeistaat. Marburg 1905.
- Wormit, Hans Georg* Ordnungsaufgaben, in DVBl 1949, S. 342 ff.
- Wormit, Hans Georg* Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, Kommentar, Köln 1954.
- Zeidler, Karl* Zur Problematik von Artikel 2 Abs. I GG, in NJW 1954, S. 1068.

Abkürzungsverzeichnis

ABSOG	=	Ausführungsbestimmungen zum Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Runderlaß des Niedersächsischen Ministers des Inneren, v. 30. April 1951 (MBI, S. 185), berichtigt am 21. Mai 1951 (MBI, S. 199).
Bay. AGStPO	=	Bayerisches Ausführungsgesetz zur StPO, vom 17. November 1956 (GVBl, S. 254).
AmtsBl. AHK	=	Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission für Deutschland, Bonn 1949 ff.
BadWü	=	Baden - Württemberg.
BayObLG	=	Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BayVerwBl	=	Bayerische Verwaltungsblätter, Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung, München.
BB	=	Der Betriebsberater, Zehntagesdienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht, Heidelberg: „Recht und Wirtschaft“.
BLeistG	=	Bundesleistungsgesetz
BVersG	=	Bundesversammlungsgesetz
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichts, Tübingen 1952 ff.
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichts, Berlin 1955 ff.
DÖD	=	Der öffentliche Dienst, Fachzeitschrift für Beamte und Angestellte der Verwaltung.
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart, Köln, 1948 ff.
DRZ	=	Deutsche Rechtszeitschrift, herausgegeben von Karl S. Bader, Tübingen 1946 ff.
Durchf. Anw.	=	Durchführungsanweisung
DVBl	=	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln, Berlin, 1950 ff., Fortsetzung des Reichsverwaltungsblattes.
DVO	=	Durchführungsverordnung
Entschl.	=	Entschließung
Entz. Ges.	=	Hessisches Freiheitsentziehungsgesetz
GBI	=	Gesetzblatt
GS	=	Gesetzsammlung für die Königlich Preußischen Staaten, Berlin 1818 ff.
GVBl	=	Gesetz und Verordnungsblatt
GVs	=	Gesetz und Verordnungssammlung
XVI		

JR	= Juristische Rundschau, Berlin 1949 ff.
JW	= Juristische Wochenschrift
KG	= Kammergericht
LStVG	= Gesetz über das Landesstraß- und das Verordnungsrecht auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, vom 17. November 1956 (BayGVBl, S. 261).
MABl	= Ministerial- und Amtsblatt
MBliV = MBII	= Ministerialblatt der inneren Verwaltung, Amtsblatt der Ministerien des Inneren.
MdI	= Minister des Inneren
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht, Schloß Bleckede-Elbe, 1947 ff.
M. f. Wi. u. Verk.	= Minister für Wirtschaft und Verkehr
MRVO	= Militärregierungsverordnung
NRW	= Nordrhein-Westfalen
OVGE	= Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land NRW in Münster, sowie für die Länder Niedersachsen und SchlH in Lüneburg, herausgegeben von Mitgliedern der Gerichte, Münster, 1951 ff.
PAG	= Polizeiaufgabengesetz (bayerisches)
POG	= Polizeiorganisationsgesetz
PolGes	= Polizeigesetz
PolZG	= Polizeizuständigkeitsgesetz
PolStGB	= Polizeistrafgesetzbuch
PrOVG	= Entscheidungen des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichts.
prPVG	= Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz von 1931.
PrVBl	= Preußisches Verwaltungsblatt
Rd. Erl.	= Runderlaß
RVBl	= Reichsverwaltungsblatt
SKV	= Staats- und Kommunalverwaltung, Fachzeitschrift für die Aus- und Fortbildung der Dienstkräfte in der Staats- und Kommunalverwaltung und für die Behördenpraxis, Berlin, Stuttgart, Köln.
UG	= Unterbringungsgesetz
VArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr	= Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von W. Bauer, München, Berlin, 1949 ff.
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VV	= Verwaltungsvorschrift zu dem genannten Gesetz.
VVdStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
Z. f. g. V. w.	= Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.

Einleitung

Die Abgrenzung des Themas

Der Gefahrenbegriff findet in der Rechtsordnung in den verschiedensten Gesetzen und in unterschiedlichen Bedeutungen Verwendung. Nicht alle diese Bedeutungen sollen zum Gegenstand der vorliegenden Untersuchung gemacht werden, sondern nur ein durch besondere Merkmale gekennzeichnete Teil.

Aus der Betrachtung scheiden vor allem die Fälle aus, in denen das Wort Gefahr im untechnischen Sinne verstanden wird, wie in den bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die Gefahrtragung (z. B. § 446 BBG). Hier stellt das Gesetz „Gefahr“ an Stelle von „Risiko“ und meint damit soviel wie „Möglichkeit zufälligen Untergangs“. Es verbleibt danach die zweite Bedeutung des Begriffes, für die die „Bedrohung bestimmter Werte“ charakteristisch ist.

1. In diesem Sinne wird das Wort Gefahr in dreierlei Weise verwandt:

a) Zur Beschreibung eines rechtswidrigen Erfolges, der durch eine Zivilperson herbeigeführt wird (z. B. § 315 Abs. I, S. 1 StGB: „und dadurch eine Gemeingefahr herbeiführt“). Die Rechtsfolge knüpft nicht an die Gefahr, sondern an die Handlung des Täters an.

b) Zur Beschreibung einer Begehungsart, eines Mittels (z. B. § 249 Abs. 1 StGB: „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“). Auch hier ist rechtsfolgebedingend die Handlung der Zivilperson; die Gefahr, deren sie sich als Mittel zu einem rechtswidrigen Zweck bedient, ist nur Teil der Handlung.

c) Zur Bezeichnung eines Zustandes, an dessen Existenz eine Rechtsfolge unmittelbar anknüpft. Das Gesetz geht hier vom Bestehen einer Gefahr aus und bestimmt, was auf Grund der vorliegenden Sachlage zu geschehen habe oder geschehen könne. Im Unterschied zu der Situation in den Fällen unter a) und b) folgt hier nicht die Gefahr der Handlung oder fällt im gleichen Zeitpunkt mit ihr zusammen, vielmehr geht die Gefahr der Handlung zeitlich voraus. Eine Gefahr besteht und auf Grund der dadurch hervorgerufenen Sachlage wird gehandelt. Nur diese Fälle werden in der vorliegenden Schrift untersucht werden; die unter a) und b) aufgeführten scheiden aus.

2. Es sollen weiterhin nur solche Normen behandelt werden, in denen der Begriff der Gefahr im Sinne einer unbestimmten Bedrohung verstanden wird, so daß nicht nur eine bestimmte Folge, die durch die Gefahr herbeigeführt werden könnte, herausgegriffen wird (wie z. B. in § 908 BGB: „Gefahr, daß es durch den Einsturz eines Gebäudes . . . beschädigt wird“). Der zu befürchtende Erfolg darf nicht erwähnt sein, so daß also im einzelnen offen bleibt, in welcher Weise sich nach dem Gesetz die Gefahr auswirken kann.

3. Da, wo die Zivilperson selbst bedroht ist, wird unter bestimmten Umständen der Kreis ihrer Rechte größer dadurch, daß Handlungen, die durch die Gefahr veranlaßt werden, entweder nicht strafbar oder sogar rechtmäßig sind, wenn der Zivilperson ein anderes Verhalten nicht zuzumuten ist. Bestimmungen, nach denen die Existenz einer Gefahr für die Zivilperson keine Nachteile, sondern Vorteile im Gefolge hat, wie z. B. die §§ 52, 54 StGB, 228 BGB, fallen nicht unter das Thema. Nur die Vorschriften, die der Zivilperson eine Einbuße an ihren Rechten bringen, falls die Bekämpfung einer Gefahr es erfordert, werden Gegenstand der folgenden Untersuchung.

4. Behandelt sollen weiterhin nur die Fälle werden, in denen der Pflichtenkreis der Zivilperson gegenüber der öffentlichen Gewalt wächst, oder in denen zumindest die Steigerung der Pflichtigkeit Auswirkungen auf die Staatsgewalt hat. Es scheidet daher auch § 904 BGB aus, obwohl es sich hier um einen Fall handelt, in dem die Zivilperson eine starke Verminderung ihrer intransitiven Rechtsstellung hinnehmen muß, wenn und weil eine gegenwärtige Gefahr vorliegt. Das Gesetz regelt aber nur das Verhältnis von Zivilperson zu Zivilperson, nämlich von dem Gefährdeten zu dem Eigentümer der in Anspruch genommenen Sache, Auswirkungen, auch unmittelbarer Art, auf die öffentliche Gewalt, lassen sich nicht feststellen.

Nach dieser Abgrenzung umfaßt das Thema der Arbeit also:

1. Den Gefahrenbegriff in den Gesetzen des Bundes und der Länder, soweit er eine Bedrohung von Werten zum Inhalt hat, an deren Existenz eine Beeinträchtigung der Rechte der Zivilperson geknüpft ist, der verstärkte Rechte der Staatsgewalt entsprechen, soweit der Erfolg, der durch die Gefahr herbeigeführt werden könnte, gesetzlich nicht fixiert ist.
2. Die Rechtsbeeinträchtigung, die auf Grund einer solchen Gefahr erfolgen darf und von der Zivilperson geduldet werden muß.

Erster Hauptteil:

Der allgemeine Gefahrenbegriff

Kapitel I:

Die polizei- und ordnungsrechtliche Gefahr

§ 1: *Die „Gefahr“ als zentraler Begriff des Polizei- und Ordnungsrechts*

Das Preußische Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931¹⁾ bestimmt in § 14: „Die Polizeibehörden haben . . . die . . . Maßnahmen zu treffen, um . . . Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird“. Im Anschluß an diese Bestimmung haben nach 1945 fast alle Länder der Bundesrepublik entweder ähnliche Vorschriften erlassen, so z. B. § 1 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. März 1951²⁾, oder den § 14 wörtlich übernommen, so z. B. Nordrhein-Westfalen durch die „Bekanntmachung der für den Aufgabenbereich der Polizei in Nordrhein-Westfalen geltenden Neufassung des Preussischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 27. November 1953³⁾. In gleicher Weise erklärt das nordrhein-westfälische „Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden“ vom 16. Oktober 1956⁴⁾ in § 1: „Die Ordnungsbehörden haben die Aufgabe, Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird“.

Somit ist die „Gefahr“ im heutigen Polizei- und Ordnungsrecht überall zum zentralen Begriff geworden. Die Bestimmung des Aufgabenkreises der Polizei- und Ordnungsbehörden⁵⁾ und damit auch von deren Möglichkeiten, in die Rechtssphäre einer Zivilperson einzugreifen, hat nur noch von diesem Begriff auszugehen. Er beherrscht das gesamte Polizei- und Ordnungsrecht und zieht ihm eine genaue Grenze.

Ist es somit heute möglich, eine genaue Trennung des Teils der Staatsgewalt, der früher die einheitliche Bezeichnung „Polizei“ trug und heute in Polizei- und Ordnungsbehörden zerfällt, von deren anderen Funktionen mittels der Frage „Gefahrenabwehr oder nicht?“ vorzunehmen, so war das durchaus nicht immer der Fall. Um die Bedeutung, die diese Frage schon immer für das Polizeirecht hatte, sichtbar zu machen, bedarf es einer kurzen Mitteilung dessen, was von der historischen Entwicklung für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung ist⁶⁾.

¹⁾ GS S. 283.

²⁾ Nds. GVBl. S. 79.

³⁾ NRW GVBl. S. 403.

⁴⁾ NRW GVBl. S. 289.

⁵⁾ Nach der Abtrennung der ehemaligen „Verwaltungspolizei“ ist heute nur noch der terminus „Ordnungsbehörden“ am Platze. Da, wo es im folgenden einer genauen Unterscheidung bedarf, soll die eigentliche Polizei als „Exekutivpolizei“ bezeichnet werden.

⁶⁾ *Klausener-Kerstiens-Kempner*, Einleitung, S. 3: „ . . . daß gerade die Auslegung des Begriffes ‚Gefahr‘ maßgebend für die Abgrenzung des Polizeibegriffes (gewesen) ist“.

Bis zum Beginn des 17. Jahrhunderts fiel unter den Begriff der „guten Polizey“ die Gesamtheit der staatlichen Verwaltungsaufgaben¹⁾. Am Anfang des 18. Jahrhunderts hatten sich dann bereits zuerst die auswärtigen Angelegenheiten, später auch Heeres-, Finanz- und Justizwesen abgetrennt. Es verblieb im Begriff „Polizey“ aber weiterhin die gesamte allgemeine innere Verwaltung²⁾.

Mit dem Aufblühen des Polizeistaates im 18. Jahrhundert fand eine immer stärkere Ausweitung der polizeilichen Aufgaben statt. Der absolute Monarch, der Legislative und Exekutive in einer Hand vereinigte, nahm für sich das Recht in Anspruch, als „Polizey“ in die Freiheiten der Untertanen einzugreifen. Gegen diese Entwicklung, die den Staatszweck zum Zwecke der Polizei machte³⁾, wandten sich die Naturrechtler. Joh. Stephan Pütter definierte in seiner 1770 erschienenen Schrift „institutiones iuris publici germanici“ in § 331 die Polizei als „derjenige Teil der höchsten Gewalt, der mit der Sorge, künftige Übel im Inneren des Staates abzuwenden sich beschäftigt“. Er sagt weiter: „Bald wird auch durch Vorsorge der Polizei dasjenige beiseite geschafft, was zum Schaden der Allgemeinheit gereichen könnte. Die Förderung des allgemeinen Wohlstandes ist eigentlich nicht Aufgabe der Polizei . . .“ Hier wird der Polizei zum ersten Male die bloße Aufgabe zugewiesen, zukünftige Schäden zu verhindern, eine Auffassung, die der heutigen von der Gefahrenabwehr inhaltlich genau entspricht.

Wilhelm v. Humboldt schrieb 1792 in seiner posthum veröffentlichten Schrift „Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen“⁴⁾: „Der Staat enthalte sich aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger und gehe keinen Schritt weiter als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem anderen Endzwecke beschränke er ihre Freiheit“.

Im Jahre 1794 brachte dann das Preußische Allgemeine Landrecht den gesetzlichen Niederschlag der naturrechtlichen Anschauungen, indem es in den §§ 2 und 3 II, 17 ausdrücklich zwischen der Erhaltung von Ruhe und Sicherheit sowie dem Schutz gegen Störungen (Gefahrenabwehr) auf der einen und der Wohlfahrtspflege auf der anderen Seite unterschied und von diesen beiden Aufgabenkreisen des Staates in dem bekannten § 10 Teil II, Titel 17 nur den ersteren der Polizei zuwies, wobei es erstmalig den terminus „bevorstehende Gefahr“ verwandte. Damit schienen die Verhältnisse endgültig geklärt zu sein, der Gefahrenbegriff seine beherrschende Stellung im Recht der Polizei gefunden zu haben. In der Folgezeit blieb es aber nicht bei dieser klaren Regelung.

Die königliche Verordnung über die „Verbesserte Einrichtung der Provinzial-, Polizey- und Finanzbehörden“ vom 26. Dezember 1808⁵⁾ übertrug in § 3 den „Regierungen“ in ihrer Eigenschaft als „Landespolizei-

¹⁾ Vgl. zum folgenden die ausführlichen Bemerkungen bei *Drems-Wacke*, S. 1 ff.

²⁾ *Anschtütz* im Handwörterbuch unter „Polizei“.

³⁾ *Wolzendorff*, S. 48.

⁴⁾ S. 59 f.

⁵⁾ Preuß. GS, S. 464.

behörde“ die „Fürsorge wegen des Gemeinwohls unserer getreuen Untertanen. Sie sind daher so berechtigt als verpflichtet, nicht allein allem vorzubeugen . . . was . . . Gefahr . . . bringen kann . . . , sondern auch dafür zu sorgen, daß das allgemeine Wohl gefördert . . . werde . . . “ Desgleichen sagt § 50 der „Geschäftsinstruktion für die Regierungen in sämtlichen Provinzen“¹⁾, daß die Wirksamkeit der Regierungen „bei Ausübung der Polizeygewalt . . . nicht bloß auf die Abwendung von Gefahren . . . , sondern auch auf die Mehrung und Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt“ sich erstrecke.

Als führender Vertreter der bis zum Ende des 19. Jahrhunderts herrschenden Meinung schrieb Robert von Mohl noch in der 1866 erschienenen 3. Auflage seiner „Polizeiwissenschaft“²⁾: „Wenn der Rechtsstaat so häufig, namentlich von der Kantischen Naturrechts-Schule . . . bloß als eine Anstalt zur Sicherung der Rechte erklärt . . . wird, so springt die Unvollständigkeit dieser Begriffsbestimmung in die Augen. Wer möchte und könnte in einem Staate leben, der nur Justiz übte, allein gar keine polizeiliche Hülfe eintreten ließe?“; er grenzt die Polizei³⁾ gegen die Rechtspflege und die Finanzen ab und spricht weiterhin von den übrigen Teilen der Staatstätigkeit, „nämlich das Heerwesen und die auf die Besorgung der Verhältnisse zu fremden Staaten gerichtete Thätigkeit“. Er begreift also wieder unter Polizei all das, was nicht Justiz, Finanzen, Heer oder auswärtige Angelegenheiten betrifft und steht somit auf dem gleichen Standpunkt, der auch im 18. Jahrhundert eingenommen wurde.

Dieser Auffassung vom Polizeibegriff bereitete in der Folgezeit die Rechtsprechung ein Ende. Der wieder eingeeengte Polizeibegriff kam zum Durchbruch mit dem Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 14. Juni 1882⁴⁾, dem sog. Kreuzbergurteil. Die in § 10 II 17 ALR getroffene Bestimmung der Aufgaben der Polizei wurde wieder als maßgebend angesehen. Von diesem Zeitpunkt ab begann der § 10 II 17 ALR allmählich zumindest die Praxis zu beherrschen; als Aufgabe der Polizei galt nur noch die Abwehr von Gefahren.

Im Jahre 1931 stellte das prPVG dann endgültig die zentrale Stellung des Gefahrenbegriffs im Polizeirecht sicher. Polizeiliches Vorgehen ist seither nur noch gerechtfertigt, wenn eine Gefahr besteht⁵⁾. Diese Gefahr ist entweder zum Gegenstand einer Vorschrift gemacht worden, die polizeiliches Handeln für einen besonderen Einzelfall vorsieht oder lediglich in Generalermächtigungen, wie z. B. in § 14 prPVG enthalten.

Nach dem Zusammenbruch und der Rückübertragung der Polizeihoeheit auf die Länder ist erst allmählich und zögernd eine Stabilisierung der Gesetzeslage eingetreten, die in den einzelnen Besatzungszonen durch die

1) GVS 1808, S. 494.

2) Band I, Anm. 1 auf S. 5.

3) Band I, S. 65.

4) PrOVG 9, S. 353 ff.

5) Unberücksichtigt bleibt dabei, daß sowohl den Polizei- als auch den Ordnungsbehörden in der Regel durch Sondervorschriften weitergehende Befugnisse übertragen werden, die die einzelnen Polizeigesetze unberührt lassen, vgl. z. B. § 14, Abs. II prPVG, § 1 Abs. III OBG. S. dazu Senger-Kurzmann, S. 54.

jeweilige Besatzungsmacht stark beeinflusst wurde¹⁾. Die Länder ließen sich bei der Neuregelung des Polizei- und Ordnungsrechts durchweg von den bewährten Gedanken des prPVG leiten. So bildet dieses Gesetz noch heute in Berlin²⁾, Hamburg³⁾, Bremen und im Saarland⁴⁾ die Rechtsgrundlage für polizeiliches Vorgehen und ist auch in Nordrhein-Westfalen für die Vollzugspolizei auf Grund der Neufassung vom 27. November 1955⁵⁾ mit geringfügigen Änderungen in Geltung gesetzt. Aber auch da, wo die Länder neue Gesetze erließen, sind die alten Grundbegriffe beibehalten worden, so vor allem der Grundsatz „nur Gefahrenabwehr, keine Wohlfahrtsförderung“. Eine neue Situation ergab sich insofern, als die Abtrennung der ehemaligen Verwaltungspolizei ihren gesetzlichen Niederschlag finden mußte. Das führte z. B. in Nordrhein-Westfalen dazu, daß für die Ordnungsbehörden eine besondere Rechtsgrundlage, nämlich das Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden vom 16. Oktober 1956⁶⁾, geschaffen wurde. Einer so scharfen Trennung sind die übrigen Länder nicht gefolgt. Außer den schon erwähnten Gesetzen hat das materielle Polizeirecht in den Ländern heute folgende Grundlagen:

Niedersachsen: Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (SOG) vom 21. März 1951⁷⁾ i. d. F. des Ges. v. 23. April 1955⁸⁾. Das Gesetz gilt teils für die Ordnungsbehörden, teils für die Exekutivpolizei und teilweise für beide gemeinsam.

Rheinland-Pfalz: Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz (PVG RhL. Pf.) v. 26. März 1954⁹⁾. Rechtsgrundlage für Ordnungsbehörden und Exekutivpolizei.

Baden-Württemberg: Polizeigesetz (PolGes BadWü) vom 21. November 1955¹⁰⁾ i. d. F. des Änderungsgesetzes vom 23. Januar 1956¹¹⁾, vom 30. Januar 1956¹²⁾, v. 10. Dezember 1956¹³⁾ und vom 17. November 1958¹⁴⁾. Das Gesetz unterscheidet zwischen „Polizeibehörden“ und „Polizeivollzugsdienst“ und regelt beider Rechtsverhältnisse.

Bayern: Gesetz über Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern

¹⁾ So ist vor allem die Lösung der ehemaligen Verwaltungspolizei aus dem Rahmen der polizeilichen Tätigkeit auf die britischen Auffassungen über die Verwaltungsorganisation zurückzuführen.

²⁾ Vgl. § 8 des Gesetzes über die Zuständigkeit der Berliner Polizei- und Ordnungsbehörden (Polizeizuständigkeitsgesetz) vom 2. Oktober 1958 (GVBl Berlin, S. 959) und das Polizeiverwaltungsgesetz in der Fassung v. 2. Oktober 1958 (GVBl Berlin, S. 961) = PVG Berlin.

³⁾ Vgl. § 1 Ziffer 5 der ersten Verordnung des Senats zur Durchführung des Gesetzes über Rechtsvereinheitlichung vom 20. Juni 1950 (Hmb GVBl, S. 141) in der Fassung der vierten Verordnung vom 27. November 1951 (Hmb GVBl, S. 220).

⁴⁾ Vgl. § 1 Ziff. 14 der Verordnung vom 22. Februar 1955 (RGBl I, S. 224) und § 3 des Gesetzes über die Eingliederung des Saarlandes vom 23. Dezember 1956 (BGBl I, S. 1011).

⁵⁾ NRW GVBl, S. 403.

⁶⁾ NRW GVBl, S. 289.

⁷⁾ Nds GVBl, S. 79.

⁸⁾ Nds GVBl, S. 175.

⁹⁾ GVBl RhL. Pf., S. 31.

¹⁰⁾ Ges. Bl. BadWü, S. 249.

¹¹⁾ Ges. Bl. BadWü, S. 3.

¹²⁾ Ges. Bl. BadWü, S. 6.

¹³⁾ Ges. Bl. BadWü, S. 173.

¹⁴⁾ Ges. Bl. BadWü, S. 207.

(PAG) vom 16. Oktober 1954¹⁾). Das PAG kennt nur noch Vollzugspolizei, ohne daß aber für die gefahrenabwehrende Verwaltung ein besonderes Gesetz erlassen worden wäre. Diese greift daher auf die materiellrechtlichen Bestimmungen des PAG zurück²⁾).

Hessen: Polizeigesetz (PolGes Hess) vom 10. November 1954³⁾). Das Gesetz gilt, ebenso wie in Niedersachsen, für Exekutivpolizei und Ordnungsbehörden.

Schleswig-Holstein: Polizeigesetz (Pol-Ges SchlH) vom 23. März 1949⁴⁾ i. d. F. der Gesetze vom 23. Januar 1953⁵⁾, vom 31. März 1951⁶⁾ und vom 22. Dezember 1952⁷⁾. Von diesem Gesetz sind nur noch die einleitenden Bestimmungen in Kraft. §§ 4 und 8 der Amtsordnung vom 17. Juni 1952⁸⁾ verweisen auf das prPVG, das sowohl für die Vollzugspolizei als auch für die Ordnungsbehörden herangezogen werden muß⁹⁾).

Alle vorstehend aufgeführten Gesetze begreifen unter „Polizei“ im funktionellen Sinne nur Gefahrenabwehr. Das auch da, wo sich die Terminologie geändert hat, wie z. B. im PolGes BadWü, das an Stelle der drohenden Gefahr die drohende „Verletzung“ stellt.

Die im Einzelnen vielleicht manchmal schwierige Abgrenzung der Gefahrenabwehr von der Wohlfahrtspflege hat davon auszugehen, daß die eine Tätigkeit nicht etwa ein Mehr oder Weniger der anderen darstellt, sondern daß beide nebeneinander stehen. Gefahrenabwehr ist auf die Erhaltung dessen, was schon da ist, die Bewahrung bestehender Zustände gerichtet, Wohlfahrtspflege auf die Vermehrung vorhandener Einrichtungen, auf Verbesserung. So bereits die oben erwähnte Pr. Geschäftsinstruktion aus dem Jahre 1808: „nicht bloß auf die . . . Erhaltung dessen, was schon da ist, sondern auch auf die Mehrung und Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt“¹⁰⁾. Die Erkenntnis, daß Gefahrenabwehr Erhaltung vorhandener Werte ist, läßt Rückschlüsse auf die Definition der Gefahr ziehen.

§ 2: Die Definition des allgemeinen Gefahrenbegriffs

§ 14 prPVG regelt die Aufgaben der Polizei dahingehend, daß „Gefahren“ abzuwehren seien, die „drohen“. Aber nicht nur aus dieser Bestimmung, sondern auch aus denen, die das polizeiliche Vorgehen gegen die Zivilperson im einzelnen regeln und zur Rechtfertigung eines solchen Vorgehens stets eine Situation erfordern, die durch Hinzufügung eines Adjektivs oder einer Apposition zu dem Wort „Gefahr“ gekennzeichnet ist — z. B. „unmittelbar bevorstehende“ Gefahr in § 21 prPVG — läßt sich

¹⁾ BayGVBl, S. 237.

²⁾ Vgl. im einzelnen unten Kapitel I, § 4.

³⁾ Hess GVBl, S. 203.

⁴⁾ SchlH GVBl, S. 61.

⁵⁾ SchlH GVBl, S. 23.

⁶⁾ SchlH GVBl, S. 91.

⁷⁾ SchlH GVBl, S. 185.

⁸⁾ SchlH GVBl, S. 95.

⁹⁾ Vgl. auch den Rd. Erl. des SchlH MdI vom 10. Februar 1951 (Amtsbl. SchlH, S. 121) betr. Fortgeltung und Anwendbarkeit des prPVG und die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Polizei und Verwaltungsbehörden.

¹⁰⁾ Drews-Wacke, S. 16.

entnehmen, daß die Gesetze einen allgemeinen Begriff der Gefahr ihren Regelungen zugrundelegen, der dann in verschiedenen Variationen, als „im Einzelfall bevorstehende“ Gefahr usw., verwandt und so zu besonderen Gefahrenbegriffen wird¹⁾. Das bedeutet, daß z. B. die „gegenwärtige Gefahr“ im § 19 OBG einmal gekennzeichnet ist durch den Zustand der Gefahr, der bei allen Bestimmungen derselbe bleibt und zum anderen dadurch, daß diese Gefahr „gegenwärtig“ ist. Der Begriff der „Gefahr“ kann daher für alle Fälle, in denen ein polizeiliches oder ordnungsbehördliches Eingreifen in die Rechte von Zivilpersonen vorgesehen ist, gemeinsam definiert werden. Er kann als Grunddefinition vor die Untersuchung der Frage gestellt werden, auf Grund welcher Gefahr (besonderer Gefahrenbegriff) welche Rechtseingriffe erfolgen dürfen.

Die beim Erlaß einer polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Verordnung erforderliche Gefahrenlage wird als „abstrakte“ Gefahr bezeichnet. Das bedeutet, daß durch die Verordnung ein Zustand generell geregelt werden muß, von dem nach den Erfahrungen des täglichen Lebens vorausgesagt werden kann, daß aus ihm aller Wahrscheinlichkeit nach im einzelnen Falle eine konkrete Gefahr entstehen wird²⁾. Die abstrakte Gefahr ist im Augenblick des Erlasses der Verordnung noch nicht existent, sie ist noch nicht „konkret“, und es kann durchaus sein, daß sie sich auch niemals konkretisieren wird; vielmehr wird bei der Beurteilung eines Zustands als abstrakt gefährlich der Schluß aus den bisherigen Erfahrungen, daß in bestimmten Fällen eine konkrete Gefahr zu entstehen pflegte, gezogen, daß auch in Zukunft mit einer solchen Gefährdung zu rechnen sei³⁾. Auf den genauen Unterschied zwischen abstrakter und konkreter Gefahr ist in diesem Rahmen nicht einzugehen. Die Polizeiverordnung beeinträchtigt ja die Statusrechte des Bürgers nicht unmittelbar, sondern normiert lediglich Fälle, in denen ein Eingriff erfolgen darf. Dieser Eingriff selbst wird dann im Wege einer (unselbständigen) Verfügung vorgenommen, die als bewiesen ansieht, daß jetzt, in concreto, eine Gefahr bestehe. Für das vorliegende Thema hat daher der Unterschied zwischen abstrakter und konkreter Gefahr keine Bedeutung.

Die Erfüllung ihrer Aufgaben stellt die Polizei- und Ordnungsbehörden, zumindest soweit sie auf Grund der Generalklauseln tätig werden, immer

¹⁾ Gleiches gilt für die neuerlassenen Ländergesetze, die ebenfalls den allgemeinen Gefahrenbegriff in den Bestimmungen verwenden, die die polizeilichen Aufgaben festlegen. Daß der verwandte Gefahrenbegriff inhaltlich mit dem des prPVG übereinstimmt, ergibt sich schon daraus, daß die neuen Gesetze dem Wortlaut des prPVG angepaßt sind (so z. B. PolGes. Hess. und vor allem PVG RhlPf). Bei den übrigen Ländern hat sich der Gesetzgeber zumindest dem Sinngehalt nach stark an die preußische Regelung angelehnt. Vgl. dazu die einschlägigen Bestimmungen: § 1 SOG; § 1 PVG RhlPf; Art. 2 PAG; § 1 PolGes Hess; § 1 PolGes SchlH; § 1 OBG. (§ 1 PolGes BadWü spricht nur noch von „drohender Verletzung von Recht und Ordnung“).

Vgl. an Literatur zu dieser Frage: Müller-Heidelberg, S. 37; Altmeyer-DeClerk, S. 50; Berner, S. 9, Anm. 5; Rietdorf, S. 28. §§ 13 Abs. 1 Ziff. 2 und 15 Abs. 1 des Bundesversammlungsgesetzes vom 24. Juli 1953 (BGBl I, S. 684) sowie § 2 UG und § 1 Freiheitsentziehungsgesetz Hessen tragen polizeirechtlichen Charakter. Daraus ergibt sich auch hier die Übereinstimmung des allgemeinen Gefahrenbegriffs mit dem des prPVG.

²⁾ BVG für den britischen Sektor von Berlin in DVBl 1950, S. 54 f.; Rietdorf, S. 29; Senger-Kurzmann, § 28 Anm. 2.

³⁾ ProVG 99, S. 217; 101, S. 143; OVG Münster vom 20. Mai 1958, DVBl 59, S. 35.

wieder vor die Frage, ob ein bestimmter Zustand ihr Eingreifen rechtfertige, d. h. ob er eine Gefahr sei oder nicht. Aus diesem Grunde ist die Rechtsprechung zum Gefahrenbegriff besonders reichhaltig. Sowohl das pr. Obergericht hat sich in den Jahrzehnten seines Bestehens bis zum Kriegsende immer wieder mit diesem Begriff beschäftigt, als auch die Verwaltungsgerichte der Länder nach 1945. Trotzdem ist eine in allen Punkten unumstrittene Definition heute noch nicht festzustellen. Eine, wenn auch nur geringfügige, Uneinheitlichkeit von Rechtsprechung und Literatur zum Gefahrenbegriff liegt vor allem darin begründet, daß das Wort Gefahr im Polizei- und Ordnungsrecht zu einem terminus technicus geworden ist und konkludent gewisse inhaltsbestimmende Faktoren zum Ausdruck bringt. Es besteht zwar noch immer eine enge Verbindung zu dem Wort Gefahr des allgemeinen Sprachgebrauchs, der Begriff hat hier aber im Laufe der Entwicklung eine spezifische Färbung dadurch erhalten, daß an die Situation, die zu einem polizeilichen Eingreifen zwingt und berechtigt, von der Sache her bestimmte Anforderungen gestellt werden müssen, die auf anderen (auch Rechts-) Gebieten unbeachtlich sind. Wie in der Einleitung ausgeführt wurde, wird der Gefahrenbegriff innerhalb der gesamten Rechtsordnung in den unterschiedlichsten technischen und untechnischen Bedeutungen verwandt. Demgegenüber kennt das Polizei- und Ordnungsrecht nur den für die vorliegende Untersuchung oben abgegrenzten Begriff der „drohenden Gefahr“, die als solche (nicht in Verbindung mit einer menschlichen Handlung) rechtsfolgebedingend ist.

Ein zweiter Grund für die Abweichungen zwischen den einzelnen, meist zeitlich auseinanderfallenden Definitionen liegt darin, daß die polizei- und ordnungsrechtliche Gefahr ein Begriff der Praxis ist. Er soll auf tatsächliche Maßnahmen angewandt werden, unter ihn sind Situationen des täglichen Lebens zu subsumieren. Die Mannigfaltigkeit und Wechselhaftigkeit dieser Situationen kann sich aber erst im Laufe einer langen Entwicklung und anhand vieler Beispiele klar zeigen. So tauchten immer wieder Fälle auf, auf die zwar die bisherige Definition nicht paßte, die aber dennoch ein polizeiliches Vorgehen als dringend erforderlich erscheinen ließen. In solchen Fällen hatte dann eine Revision der bisherigen Begriffsbestimmung zu erfolgen. Auf diese Weise hat sich der Gefahrenbegriff im Polizeirecht, durch Wissenschaft und Rechtsprechung gefördert, allmählich geformt.

a) *Der Schaden*

„Die Beziehungen zu einem Schaden, der eintreten kann, machen eine Lage zu einer Gefahr“¹⁾. Über diesen Satz herrscht Einigkeit, und er entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch. „Gefahr“, das weist auf die Befürchtung eines verletzenden Ereignisses hin, und dieses Ereignis wird als Schaden bezeichnet. Hier liegt der Ansatzpunkt für die

¹⁾ Scholz, VArch 27, S. 1 ff. Vgl. auch Turegg, S. 284; Drews-Wacke, S. 16 ff.; Friedrichs, S. 67 ff.; Pioch, S. 8.

Bestimmung des Gefahrenbegriffs überhaupt, in der Relation zu einem Schaden, der in Zukunft erwartet werden muß und der im Falle seines Eintretens aus dem Zustand Gefahr hervorgegangen sein wird¹⁾.

Das Wort Gefahr weist auf die Zukunft hin. Das wird besonders deutlich in den Gesetzesbestimmungen, die den schädlichen Erfolg, der befürchtet wird, *expressis verbis* nennen²⁾. Die Antwort auf die Frage, ob eine Gefahr bestehe, muß also eine Prognose über den Eintritt künftiger Ereignisse stellen. Der Schadensbegriff, der hier zu bestimmen ist, ist daher von anderen Gesichtspunkten zu sehen, als der Schaden des BGB³⁾. Im bürgerlichen Recht ist der Schaden bereits eingetreten. Das Urteil über die Sachlage, die daraufhin zu prüfen ist, ob sie einen Schaden enthalte, kann also einen Vergleich der Vergangenheit mit der Gegenwart anstellen und so zu einem sicheren Ergebnis kommen. Anders im Falle der polizeirechtlichen Gefahr. Hier sind Gegenwart und Zukunft vergleichend zu betrachten. Es kann nur vorhergesagt werden, daß der Eintritt eines bestimmten Zustandes deshalb befürchtet werden müsse, weil eine vom Normalen abweichende Sachlage vorliegt, und dieser künftige Zustand ist daraufhin zu prüfen, ob er einen Schaden enthielte, wenn er tatsächlich einträte.

Das Wort Schaden beinhaltet ein Werturteil. Dieses Urteil wird dadurch getroffen, daß der Zustand „Schaden“ mit einem Zustand verglichen wird, der „normalen“ Verhältnissen entsprechen würde. Ergibt dieser Vergleich, daß gegenüber dem bisherigen Zustand zwar eine Veränderung eingetreten, daß diese Veränderung aber keine nachteiligen Folgen gehabt hat, so liegt ein Schaden nicht vor. Bezogen auf einen Rechtsgüterbestand bedeutet das, daß die erste Voraussetzung für das Vorliegen eines Schadens die ist, daß nach Eintritt eines schädlichen Ereignisses ein Weniger an Rechtsgütern gegenüber dem bisherigen Bestand vorliegt, mit anderen Worten eine Minderung dieses ursprünglich vorhandenen Bestandes. Wenn Gefahr der Zustand ist, der zu einem Schaden führen kann, so bedeutet Gefahrenabwehr also Verhinderung des Eintretens eines Schadens und damit Verhütung der „Minderung“ eines Bestandes an Rechtsgütern. Bei der Gefahr, die abgewehrt werden soll, kann sich das Urteil darüber, ob eine Verschlechterung der bestehenden Verhältnisse vorliegen würde, wenn es zu einer Realisierung der Gefahr käme, nicht an Tatsachen halten, sondern nur an Vermutungen. Ein solches Urteil muß also aus einem augenblicklichen Zustand auf den Eintritt der in der Zukunft liegenden, aus diesem Zustand hervorgehenden Ereignisse schließen und feststellen, ob diese Ereignisse eine Minderung von Rechtsgütern mit sich bringen würden. Ist das der

¹⁾ Vgl. KG in PrVBl 50, S. 463: „Unter einer Gefahr ist . . . eine naheliegende, auf Tatsachen beruhende Wahrscheinlichkeit einer Schädigung der von der Polizei zu schützenden Interessen zu verstehen“.

²⁾ s. noch einmal § 908 BGB!

³⁾ Vgl. dazu *Enneccerus-Lehmann*, § 14 auf S. 55: „Schaden ist jeder Nachteil, den wir an unseren Rechtsgütern . . . erleiden . . .“

Fall, so wird daraus der Rückschluß gezogen, daß dann der bestehende Zustand ein gefährlicher sei.

Da die Polizei- und Ordnungsbehörden in die Rechtssphäre von Zivilpersonen eingreifen und dieses Eingreifen von der Existenz einer Gefahr abhängig ist, darf die Frage, ob der künftige, zu verhütende Zustand tatsächlich eine Verschlechterung enthalten würde, nicht in das Ermessen der Behörde gestellt werden; sie ist vielmehr objektiv zu beantworten. Die „Gefahr“ ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff, also richterlicher Nachprüfung fähig¹⁾. Die älteren Kommentare gehen durchweg noch davon aus, daß das Bestehen einer Gefahr nicht nachprüfbar, sondern daß die „Gefahr“ „gebundener Ermessensbegriff“ sei, eine Ansicht, die heute als allgemein überwunden angesehen werden kann²⁾. Man hat sich bei der Subsumierung einer Sachlage unter den Begriff Gefahr also in die Lage eines imaginären, objektiven Dritten zu versetzen und dann die Frage zu beantworten, ob der Zustand, dessen Eintritt befürchtet wird, eine Verringerung eines vorhandenen Rechtsgüterbestandes mit sich bringen würde. Das Erfordernis, daß die befürchtete Minderung eine objektive sein müsse, ergibt sich hier demnach ohne weiteres aus der Eigenschaft der „Gefahr“ als eines unbestimmten Gesetzesbegriffs³⁾.

Damit hat der Begriff des Schadens, soweit er polizeirechtlich relevant ist, seine erste Konkretisierung erfahren. Der Zustand, dessen Eintritt abgewehrt werden soll, muß nach objektiver Beurteilung die Verminderung eines bestehenden Rechtsgüterbestandes mit sich bringen. Manche Autoren⁴⁾ fügen noch hinzu, daß diese Minderung einem „tatsächlich vorhandenen“ Bestand drohen müsse. Dieser Zusatz erscheint überflüssig, wenn man bedenkt, daß ja das Urteil darüber, ob eine Verminderung vorliegen würde, stets einen Vergleich des bestehenden mit dem zu befürchtenden Zustand anstellt. Wenn aber nichts besteht, nichts vorhanden ist, kann auch nichts gemindert werden. Drews-Wacke (a. a. O.) begründet mit der obigen Forderung seine Ansicht, daß nur *damnum emergens*, nicht aber *lucrum cessans* ein Schaden sei. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich aber nicht danach, ob das zu schädigende Gut tatsächlich vorhanden sein muß, diese Voraussetzung ist nach dem oben Gesagten selbstverständlich, sondern danach, ob man die Aussicht auf Gewinn bereits als zu schützenden Rechtsgüterbestand ansieht. Tut man das, so ist die Aussicht auf Gewinn auch ein tatsächlich vorhandener Bestand im obigen Sinne und *lucrum cessans* begründet somit auch einen polizeilich zu

¹⁾ Vgl. zu dieser Frage: *Wolff*: Lehrbuch § 31 I c auf S. 135: „Den Gerichten bleibt danach nur die Prüfung, ob die Anwendung des unbestimmten Begriffes im konkreten Falle seitens der Verwaltungsbehörde durch den Sachverhalt . . . gerechtfertigt, ob sie ‚vertretbar‘ ist“.

²⁾ Im Streit befindet sich dieser Gegenstand jedoch heute noch in einem ähnlichen Sinne, vgl. dazu *Klinger* u. a.: „Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff“, die Vorträge bei der 6. Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten für das Bundesgebiet . . . am 18. Okt. 1954. Sonderdruck aus der Staatszeitung für Rhl.-Pf., Koblenz 1955.

³⁾ Auch *Franzen*, S. 165 ff., zu § 14 PVG und *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 113, fordern „Objektivität“, obwohl sie die Nachprüfbarkeit verneinen. Vgl. im übrigen: *Müller-Heidelberg*, S. 37; *Rietdorf*, S. 29; *PrOVG* 93, S. 87 ff. auf S. 89.

⁴⁾ s. z. B. *Drews-Wacke*, S. 16; *Schäfer-Wichards-Wille*, S. 43.

verhütenden Schaden. Einen Bestand, der tatsächlich nicht vorhanden ist, wird man sich nur schwerlich vorstellen können.

Der Begriff des Schadens wird bereits vom Sprachlichen her weiter dadurch verdeutlicht, daß ihm das Merkmal des Außergewöhnlichen anhaftet. Der normale Ablauf der physikalischen Geschehnisse bringt es mit sich, daß jegliche Materie der Abnutzung unterliegt und auch der Mensch durch den Alterungsprozeß seine ursprünglichen physischen Eigenschaften mehr und mehr einbüßt. Streng genommen ist auch das eine Minderung, eine Verschlechterung, aber es ist eine normale Verringerung der substanzlichen Qualitäten, ein Weniger, zu dessen Eintritt der Keim bereits in der Substanz selbst enthalten war. Diese Verschlechterung entspricht wie viele andere mehr dem regelmäßigen Lebensablauf. Erscheint es bereits zweifelhaft, ob diese Art von Veränderungen an Rechtsgütern überhaupt dem Begriff „Schaden“ unterfällt, so umfaßt sie doch auf keinen Fall den Schaden, der polizeilich zu verhüten ist. Bereits oben bei der Abgrenzung der Gefahrenabwehr von der Wohlfahrtspflege war festgestellt worden, daß es Aufgabe der Polizei ist, das Bestehende zu bewahren. Diese Aufgabe findet aber ganz sicher ihre Grenze da, wo die Bewahrung in Wirklichkeit eine Verbesserung darstellen würde, wo sie also Wohlfahrtspflege wäre. Eine Ausschaltung der regelmäßigen, normalen Veränderungen negativer Art, mit denen jeder rechnen muß, wäre aber eine solche Verbesserung. Das wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, daß die Veranlagung der Materie, sich zu „verschlechtern“ ja im eigentlichsten Sinne zu dem gehört, was besteht, daß sie zum normalen Wesen der Dinge gehört. Würden die Polizei- und Ordnungsbehörden diese Minderungen bekämpfen, so trachteten sie danach, die normalen Gegebenheiten zu verbessern, eine Tätigkeit die ihnen verwehrt ist. Zudem ist zu berücksichtigen, daß Eingriffe in die Freiheitssphäre des Staatsbürgers zur Abwehr einer Gefahr zwar in den meisten Fällen erforderlich, aber unbedingt auf das notwendigste Mindestmaß zu beschränken sind. Die Zahl der Rechtseingriffe wäre unüberschaubar, wenn die Behörden der Gefahrenabwehr auch in den Fällen einschreiten würden, in denen die Verminderung eines Rechtsgüterbestandes eine regelmäßige, zu erwartende wäre.

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, daß relevant nur die normale Minderung eines Rechtsgüterbestandes ist, daß sie durch sogenannte „regelwidrige Einflüsse“ hervorgerufen sein muß und daß jede Verschlechterung, die dem normalen Ablauf der Geschehnisse entspricht, nicht dem Schadensbegriff unterfällt, der in Beziehung gestellt wird zur polizeirechtlichen Gefahr. Anormal ist die Verringerung eines Rechtsgutes dann, wenn es nicht zu den Wesensmerkmalen dieses konkreten Rechtsgutes gehört, daß eine solche Verringerung notwendig oder regelmäßig stattfindet. Zu dem normalen Geschehensablauf gehören auch die Ereignisse, die gewöhnlich aus dem menschlichen Zusammenleben entstehen und eine Verringerung von Werten mit sich bringen, sowie Risiken, die zwar zu einem unerwünschten Schaden führen können, die aber mit Rücksicht auf ihren überwiegenden Nutzen gestattet sein müssen, weil es

das öffentliche Interesse erfordert. So der Straßenverkehr an sich oder besonders gefährliche Arbeiten, wie z. B. die eines Dachdeckers¹⁾.

Der hier zu erläuternde Begriff des Schadens zeigt sein drittes Merkmal bei einer Betrachtung von Wesen, Zweck und Aufgabe polizeilicher und ordnungsbehördlicher Tätigkeit. Dieses Merkmal wird in der Literatur allgemein mit dem Satz ausgedrückt, nur die Verletzung eines normalen Bestandes stelle einen polizeilich zu verhütenden Schaden dar²⁾. Dazu muß zuerst festgestellt werden, daß dieses „Normalsein“ im eigentlichen Sinne garnicht zu den Wesensmerkmalen der polizei- und ordnungsrechtlichen Gefahr gehört, sondern eine Eigenschaft des Rechtsgutes ist, dem der Schaden droht. Eine Gefahr ist das bedrohende Ereignis so oder so, aber für die Polizei bzw. die Ordnungsbehörden ist diese Gefahr nur dann relevant, wenn sie einem „normalen“ Rechtsgüterbestand droht. Trotzdem muß die Frage schon an dieser Stelle behandelt werden, weil eben alle Gefahren, die nicht die angegebenen Voraussetzungen erfüllen, hier unbeachtlich sind.

Ferner ist der Ausdruck „normal“, für sich allein genommen, irreführend. Soll man unter einem normalen Bestand an Gütern nur einen solchen verstehen, der z. B. nicht einen außergewöhnlichen Wert hat? Eine Ladung Gold stellt doch gewiß in diesem Sinne keinen normalen Bestand dar. Es ist aber nicht zu leugnen, daß es zu den wichtigsten Aufgaben der Polizei gehört, gerade solche wertvollen Güter zu schützen. Es muß vielmehr, das entspricht auch den Ausführungen, die alle Autoren zu diesem Punkte machen, nicht „normaler“, sondern „normal empfindlicher“ Bestand heißen. Nur die Minderung ist durch die Polizei- und Ordnungsbehörden zu verhüten, die einem normal empfindlichen Rechtsgut zuzustoßen droht. Dabei ist „normal empfindlich“ nicht als abstractum zu nehmen. Die Empfindlichkeit eines Rechtsgutes steigt in der Regel mit seinem Wert. Es muß daher zum Maßstab die Empfindlichkeit gegenüber Schäden genommen werden, die bei Rechtsgütern dieser Art normal und üblich ist. Als häufigstes Beispiel werden hier die in der Rechtssprechung viel behandelten Fälle der Lärmbekämpfung angeführt. Maßstab dessen, was auf diesem Gebiet als normale Empfindlichkeit zu gelten hat, ist dabei die Gesundheit eines Menschen, der nicht außergewöhnlich nervenstark, aber auch nicht hypernervös ist, sondern gegenüber Lärm eine normale Widerstandskraft aufweist. Der Zeitpunkt, in dem polizeiliches Einschreiten gerechtfertigt erscheint, bestimmt sich jetzt danach, wann dieser „Normalmensch“ durch Lärm gesundheitliche Verletzungen davontragen würde. Daraus ergibt sich, daß bei der Frage, ob ein Ereignis imstande ist, einen normal empfindlichen Bestand zu schädern, stets Zeit, Ort und besondere

¹⁾ Vgl. dazu Scholz a. a. O.; Drews-Wacke, S. 16; Schäfer-Wichards-Wille, S. 43. Drews-Wacke und Schäfer-Wichards-Wille stellen weiterhin die Forderung auf, der schädigende Einfluß müsse ein von außen kommender sein. Dieser Ansicht kann ich nicht folgen. Sicherlich wird fast jede Minderung eines Bestandes, die durch dessen eigene Beschaffenheit hervorgerufen wird, eine regelmäßige sein, dann aber ist es nicht mehr nötig, zu verlangen, daß der schädliche Einfluß von außen kommen müsse, denn die Verschlechterung ist schon deshalb irrelevant, weil sie dem normalen Geschehensablauf entspricht. Wäre aber tatsächlich ein Fall denkbar, in dem eine regelwidrige Verminderung aus der Beschaffenheit eines Bestandes von Rechtsgütern selbst hervorgehen könnte, so ist nicht einzusehen, warum diese Minderung nicht unter dem Begriff des Schadens fallen soll.

²⁾ Vgl. statt vieler: Senger-Kurzmann, S. 35; Drews-Wacke, S. 17 und die dort angeführten Zitate.

Verhältnisse des Vorgangs zu berücksichtigen sind. Es ist in jedem Falle als Maßstab das zu nehmen, was an diesem Ort, zu dieser Zeit und unter diesen Umständen als gewöhnliche Empfänglichkeit für Schäden gelten kann. Zeit: d. h., daß Geräusche bei Nacht leichter zu Störungen führen können, als am Tage. Ort: auch in einem Sanatorium leben Menschen, aber hier ist ein gehobenes Maß an Empfindlichkeit die Norm. Umstände: besondere Begleitumstände, die geeignet sind, allgemein den Grad der Verletzbarkeit heraufzusetzen, müssen berücksichtigt werden. Wenn z. B. die Gesundheit der Bewohner von Industrievierteln ohnehin ständig durch Dämpfe und Gase stark strapaziert wird, so wird ein Mehr an Rauch, das für sich allein genommen durchaus unschädlich wäre, unter diesen Umständen geeignet sein, den Punkt zu überschreiten, von dem ab ein Gesundheitsschaden befürchtet werden muß.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß nur eine solche Verschlechterung durch die Behörden der Gefahrenabwehr zu verhüten ist, die einem Rechtsgut droht, das eine nach Zeit, Ort und Umständen für Rechtsgüter dieser Art normale Empfänglichkeit gegenüber Verletzungen aufweist.

Der erste Grund für diese Einschränkung ist darin zu suchen, daß im Polizei- und Ordnungsrecht nicht ein bereits eingetretener Schaden zu beurteilen ist, sondern daß eine Prognose darüber gestellt wird, ob sein Eintritt befürchtet werden muß. Bei dieser vorausschauenden Beurteilung einer Sachlage kann aber nur ausgegangen werden von dem, was gewöhnlich vorhanden ist und dem, was diesem gewöhnlich vorhandenen regelmäßig zustößt. Diese Schwierigkeit taucht aber überall da auf, wo der Gefahrenbegriff überhaupt in der Rechtsordnung Verwendung findet.

Dagegen liegt der besonders im Polizei- und Ordnungsrecht maßgebende Grund für die obige Einschränkung darin, daß hier stets auf das Ganze, die Allgemeinheit, die Öffentlichkeit abgestellt wird, nicht auf die Einzelperson. Auch bei einem Vorgehen durch Verfügung im Einzelfalle hat die öffentliche Gewalt nur die Aufrechterhaltung des allgemeinen, nicht des besonderen Friedens im Auge. Wollte man jede Befürchtung berücksichtigen, die außerhalb der normalen Ereignisse sich verwirklichen könnte, so würde der Aufgabenbereich der Polizei- und Ordnungsbehörden eine Ausdehnung erfahren, die bald kein Lebensgebiet und kein Geschehnis mehr ausließe. Gleichzeitig würde aber auch die Zahl der Rechtseingriffe im selben Maße steigen. Die Polizei soll kein Weltverbesserer sein, sie soll und kann auch nicht jede Verletzung ausschalten. Ihre Aufgabe ist vielmehr die Aufrechterhaltung des geregelten, normalen Lebens, zu dem es auch gehört, daß ein bestimmtes Maß an Widrigkeiten ertragen wird und daß der Überempfindliche eher Schaden leidet als der Durchschnittsmensch. Nur zur Erfüllung dieser Aufgabe dürfen die Behörden der Gefahrenabwehr in die Rechtssphäre der Zivilpersonen eingreifen, zu jeder weiteren Einschränkung haben sie keine Berechtigung.

Zusammengefaßt lauten die Ergebnisse der bisherigen Ausführungen:

1. Gefahrenabwehr ist identisch mit der Verhinderung eines polizeirechtlich relevanten Schadens.
2. Dieser Schaden ist zu definieren als die nicht dem regelmäßigen Geschehensablauf entsprechende Verminderung eines Rechtsgüterbestan-

des, der eine für Zeit, Ort und Umstände normale Empfindlichkeit gegenüber Verletzungen aufweist.¹⁾

Der Zustand, der dann besteht, wenn ein Schaden im oben erläuterten Sinne eingetreten ist, wird als *Störung* bezeichnet²⁾. Eine solche Störung stellt in aller Regel als abnormer Zustand ihrerseits wieder eine Gefahr dar, die polizeilich zu bekämpfen ist; insofern würde also die allgemeine Regel, daß es Aufgabe der Polizei sei, Gefahren zu bekämpfen, ohnehin die Befugnisse zum Einschreiten ergeben. Darüber hinaus bestimmt jedoch § 41 prPVG, daß eine selbständige, d. h. nicht auf eine spezielle Vorschrift gestützte Verfügung erlassen werden kann zur Abwehr einer im Einzelfalle bevorstehenden Gefahr oder zur Beseitigung einer *Störung*. Dieses Nebeneinander von Gefahr und *Störung* als möglicher Anlässe zum Eingreifen der Polizeibehörden³⁾ kann m. E. nicht so aufgefaßt werden, daß der Gesetzgeber eine widerlegbare Vermutung dafür habe aufstellen wollen, daß aus einer eingetretenen *Störung* eine neue Gefahr hervorgehe, so daß im Einzelfalle der Gegenbeweis zulässig bliebe und ein Eingreifen der Polizeibehörden u. U. trotz einer bestehenden *Störung* untersagt wäre. Andererseits sehe ich in der Zulässigkeit von Eingriffen zur Beseitigung von *Störungen* auch keine echte Erweiterung des Aufgabenkreises der Polizei; dieser Kreis bleibt auf die Abwehr von Gefahren beschränkt. Vielmehr enthalten m. E. § 41 prPVG und die entsprechenden Bestimmungen der Ländergesetze eine *praesumptio iuris et de iure*. Es wird unwiderlegbar vermutet, daß aus einer eingetretenen *Störung* eine neue Gefahr hervorgehen werde⁴⁾. Aus diesem Grunde sind die Behörden der Gefahrenabwehr zum Erlaß von Verfügungen berechtigt:

wenn eine konkrete Gefahr besteht, um den Eintritt eines Schadens zu verhindern;

wenn der Schaden bereits eingetreten ist, um den daraus resultierenden Zustand, die *Störung*, zu beseitigen, ohne daß geprüft werden müßte, ob eine neue Gefahr besteht.

b) Die Abgrenzung der Gefahr von bloßen Belästigungen

Es war in den obigen Erörterungen auf S. 4 ff. ausgeführt worden, daß zwischen Gefahrenabwehr und Wohlfahrtspflege unterschieden werden müsse und daß die Wohlfahrtspflege ein anderes Gebiet der staatlichen Tätigkeit sei als die Gefahrenabwehr. Der Begriff der Wohlfahrt steht neben dem der Sicherheit und Ordnung, d. h. der Abwehr von Gefahren. Demgegenüber ist die polizeirechtliche Gefahr von einem anderen Begriff abzugrenzen, der nicht neben, sondern unter ihr steht, ein Weniger darstellt⁵⁾, von der Belästigung. Diese Abgrenzung ergibt sich bei einer Besinnung auf die Identität von Gefahrenabwehr und Schadensverhütung. Gefahr ist immer nur der Zustand, aus dem ein Schaden im oben erläu-

¹⁾ Vgl. zum ganzen noch: Schäfer-Wichards-Wille, S. 43; Drenos-Lassar, S. 24; Rietdorf, S. 28.

²⁾ Vgl. Scupin, im Handbuch S. 163: „Störung ist realisierte Gefahr“. Ebenso Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 114.

³⁾ Das von den neuen Polizeigesetzen übernommen worden ist. Vgl.: §§ 1 PolGes BadWü; 6 Abs. 1, b PolGesHess; 30 Abs. 1 SOG; 14 Abs. 1 S. 2 OBG; 49 Abs. 1 PVG RhldPf; Art. 2 PAG.

⁴⁾ Franzen, S. 166 z. § 14 prPVG; Müller-Heidelberg, S. 19; Drenos-Wacke, S. 18; Rietdorf, S. 88.

⁵⁾ Vgl. Piodt, S. 9.

terten Sinne entstehen kann. Fehlt diese Beziehung zu einem Schaden, dann liegt eine Gefahr nicht vor. Es läßt sich also schon jetzt feststellen, daß eine bloße Belästigung die Einwirkung ist, die keinen Schaden, sondern nur eine geringere, nicht vom Schadensbegriff im obigen Sinne umfaßte Beeinträchtigung verursachen kann, d. h., die nicht zu einer Störung führt¹⁾. Die Unterscheidung erhält aber in der Praxis eine besondere Schwierigkeit dadurch, daß, wie immer bei zwei Begriffen, von denen der eine ein Weniger des anderen darstellt, die Grenzen fließend sind. Es kann eine so starke Annäherung des Weniger an das Mehr, der Belästigung an die Gefahr erfolgen, daß eine eindeutige Trennung praktisch nicht mehr möglich ist. Die Differenzierung wird außerdem im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts dadurch noch erschwert, daß ja über den Eintritt eines Schadens nur eine Prognose gestellt wird. Daraus ergibt sich eine Erhöhung der Unsicherheit, da ja der Schaden das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen Gefahr und Belästigung ist.

Es ist auch hier auf den Einzelfall abzustellen, d. h. Zeit, Ort und Umstände sind in Betracht zu ziehen²⁾. Was an dem einen Ort und zu der einen Zeit als Belästigung anzusehen ist, das kann an anderem Ort oder zu anderer Zeit als Gefahr angesehen werden. Ein Rückblick auf das oben unter a) Gesagte zeigt auch, warum das der Fall ist. Wenn die Frage, welche Empfindlichkeit gegenüber Verletzungen eine normale ist, nach Zeit, Ort und Umständen verschieden beurteilt werden muß, so ergibt sich daraus auch eine Abhängigkeit dessen, was als „Schaden“ relevant ist, von diesen Faktoren. Belästigung und Gefahr unterscheiden sich aber danach, ob ein Schaden zu entstehen droht oder nicht. Diese Überlegungen lassen sich verdeutlichen an folgenden Beispielen:

1. Umstände und Ort lassen eine besonders hohe Empfindlichkeit als normal erscheinen, so z. B. in einem Krankenhaus. Hier droht auch durch solche Ereignisse evtl. schon ein Schaden einzutreten, die für gesunde Menschen unschädlich sind. Infolgedessen ist der Bereich der Ereignisse, die als bloße Belästigungen zu bezeichnen sind, gering.
2. Die durch einen Krieg hervorgerufene Notlage bringt ein hohes Maß an widrigen Einflüssen mit sich und zwingt außerdem die Einzelperson dazu, ihre Individualinteressen zugunsten der Allgemeinheit so weit wie möglich zurückzustellen. Jetzt ist der normale Grad der Empfindlichkeit ein sehr geringer, infolgedessen können nur wenige Minderungen von Rechtsgütern als polizeilich zu verhütender Schaden angesehen werden. Das bedeutet, daß jetzt ein weiter Bereich von Einflüssen besteht, die nur Belästigungen sind. Was im ersten Falle schon eine Gefahr war, ist jetzt noch nicht als solche anzusehen. Dabei ist es aber durchaus möglich, daß einzelne überempfindliche Rechtsgüter schon durch eine Belästigung erhebliche Einbußen erleiden, ohne daß dadurch

¹⁾ Vgl. aus der reichhaltigen Literatur und Rechtssprechung: *Rietdorf*, S. 28; *Scupin*, S. 614; *Senger-Kurzmann*, S. 35; *Franzen*, 168, ff. zu § 14 PVG; *Peters*, S. 377; *Altmeyer-De Clerck*, S. 50; *Müller-Heidelberg*, S. 38; *Hess. VGH in DÖV* 1950, S. 376; *KG* vom 25. Sept. 1928 in *RVBL* 1929, S. 465.

²⁾ Vgl. dazu *PrOVG* 72, S. 380; *Hess. VGH in DÖV* 1950, S. 376.

polizeiliches oder ordnungsbehördliches Eingreifen gerechtfertigt würde.¹⁾

Die Frage, ob es Aufgabe der Behörden der Gefahrenabwehr ist, auch gegen Belästigungen, die als solche erkannt worden sind, einzuschreiten, gehört eigentlich nicht zum Thema. Sie beantwortet sich aber von selbst daraus, daß die Polizei- und Ordnungsgesetze diesen Behörden nur die Aufgabe der Gefahrenabwehr zuweisen²⁾.

c) Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts

Die folgenden Ausführungen müssen sich mit der Prognose befassen, die darüber zu stellen ist, ob gewisse tatsächliche Verhältnisse den Eintritt eines künftigen, polizeilich zu verhütenden Schadens befürchten lassen.

Es ist zu fragen, ob sich überhaupt ein Schluß aus einer gegenwärtigen Sachlage auf eine zukünftige ziehen läßt und, wenn ja, welcher Grad von Sicherheit diesem Schluß zukommen kann und zukommen muß. Diese Frage hat in ähnlicher Form eine eingehende Behandlung anläßlich des Streits der Kausalitätstheorien — die eigentlich „Haftungs“-theorien heißen müßten — erfahren. Die heute im bürgerlichen Recht ganz herrschende Adäquanztheorie geht bei der Frage, ob ein bestimmter eingetretener Schaden durch ein bestimmtes Handeln in haftungsbegründender Weise verursacht worden sei, auf die Sachlage zurück, die vor Eintritt des Schadens, nämlich bei Vornahme der Handlung bestand. Sie beantwortet diese Frage, indem sie feststellt, welcher Geschehensablauf von der Betrachtung ex ante aus gewöhnlich zu erwarten gewesen wäre. Die Übertragung dieses Denkvorganges auf das Polizei- und Ordnungsrecht hat bis zu einem gewissen Grade Erfolg. Auszugehen ist davon, daß allem Geschehnisablauf eine gewisse Gesetzmäßigkeit innewohnt, sowie von der Erfahrung, daß bestimmte Ereignisse in der Vergangenheit die Ursache für den Eintritt bestimmter Wirkungen waren und daß sich diese Versuchung mit einem unterschiedlichen Grad von Häufigkeit wiederholte. Aus dieser Erfahrungstatsache läßt sich der Schluß ziehen, daß ein gegenwärtiger Zustand in Zukunft die gleiche Wirkung hervorbringen werde, die er auch in der Vergangenheit regelmäßig gehabt hat. Hat also ein konkretes Ereignis nach den bisherigen Erfahrungen in der Regel zu einem Schaden geführt, so

¹⁾ Vgl. dazu *Drems-Lassar*, S. 25: „Die Grenzen zwischen Gefahr und Belästigung sind oft flüchtig, es kommt auf eine erschöpfende Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse an“. Zu der Frage, welche Art von Lärm noch Belästigung oder schon Gefahr ist: *ProVG* 72, S. 380. Zur Unterscheidung von Gefahr und Belästigung sei allgemein noch verwiesen auf: *Friedrichs*, S. 70 f.; *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 114 f.; *Franzen*, S. 168 ff. zu § 14 PVG; Thüringisches OVG vom 23. Januar 1929 in *RVBl* 1930, S. 801. Das BVG Berlin-Zehlendorf in *DRZ* 1950, S. 355, hat ausgeführt, daß eine Häufung von Belästigungen, die einzeln genommen irrelevant sind, eine Gefahr darstellen kann, wenn die Intensität der Belästigungen insgesamt groß genug ist, um einen Schaden herbeizuführen; vgl. hierzu auch *Nölle*, S. 78.

²⁾ Zu diesem Problem ist aus der reichhaltigen Rechtsprechung des preußischen OVG auf die Entscheidungen *ProVG* 39, S. 400; 44 S. 448; 95 S. 141 hinzuweisen. Mit der ständigen Rechtsprechung, daß die Abwehr von Belästigungen nicht Aufgabe der Polizei sei, wurde nur während der nationalsozialistischen Zeit gebrochen. In *ProVG* 102 S. 179 wird die Gültigkeit einer Bauordnung, die es sich zur Aufgabe macht, vor Belästigungen zu schützen, ausdrücklich bejaht, mit dem Hinweis darauf, daß „sich nach nationalsozialistischer Auffassung der Kreis der von der Polizei zum Schutze der Volksgemeinschaft zu wahren öffentlichen Interessen erheblich erweitert“ habe.

„ist damit zu rechnen“, daß er es auch in Zukunft tun werde, d. h., dieses Ereignis bildet eine Gefahr; dem Schaden, mit dessen Eintritt „gerechnet werden muß“, ist vorzubeugen. Auf diese Weise läßt sich auch vorhersagen, mit welchem Grade von Sicherheit die Vorausbestimmung über den Eintritt der Verletzung zutreffend ist. Wenn z. B. festgestellt werden könnte, daß aus einem bestehenden Zustand, der daraufhin geprüft werden soll, ob er „gefährlich“ sei, in 75 Prozent aller Fälle ein Schaden hervorgegangen ist, so kann der Prognose über die künftige Schädlichkeit theoretisch ebenfalls eine 75-prozentige Sicherheit beigemessen werden.¹⁾ Die Möglichkeit des Schadenseintritts kann demnach eine größere oder eine geringere sein. Sie kann sich der absoluten Sicherheit stark nähern, kann aber niemals zu vollkommener Sicherheit werden. Der Grund dafür liegt darin, daß bei dieser Prognose nur ein mutmaßlicher, der regelmäßige Geschehensablauf zugrunde gelegt werden kann. Jedes außergewöhnliche, unvorhersehbare Ereignis kann den Eintritt des Schadens vereiteln. Deshalb haftet der Feststellung, daß eine Gefahr bestehe, schon begrifflich das Merkmal der Unsicherheit an.²⁾

Ist somit festgestellt, daß sich über vorliegende Zustände (Ereignisse, Handlungen und Zustände im engeren Sinne, nämlich von Sachen) die Entscheidung, ob aus ihnen ein Schaden hervorgehen werde, mit einem unterschiedlichen Grad von Sicherheit fällen läßt, so ist weiter zu fragen, wie sicher diese Entscheidung getroffen werden muß, um polizeiliches oder ordnungsbehördliches Eingreifen zu rechtfertigen. Die Literatur schließt sich hier ebenso wie die Rechtsprechung durchweg dem preußischen OVG an und sagt, daß der Eintritt des Schadens nach der bestehenden Sachlage „wahrscheinlich“ sein müsse³⁾. Dieser Formulierung kann, zumindest in ihrer Verallgemeinerung, nicht gefolgt werden. Vielmehr ist der Aufgabenkreis, der den Polizei- und Ordnungsbehörden zugewiesen worden ist, zu berücksichtigen und gegen alle einer ungehinderten Erledigung der in diesen Kreis fallenden Aufgaben entgegenstehenden Interessen abzuwägen. Wissenschaft und Rechtsprechung gehen allgemein von den Bestimmungen aus, die nicht mehr die Aufgaben der Behörden regeln, sondern bereits auf ihr Tätigwerden nach außen eingehen, wie z. B. auf §§ 14 OBG, 41 prPVG, 49 PVG RhlPf, 30 SOG. Sie stellen die Frage, wie groß der Grad der Wahrscheinlichkeit sein müsse, daß eine „im Einzelfall beste-

¹⁾ Vgl. zum ganzen die eingehenden Ausführungen bei *von Müller* in RVBl 1930, S. 92 ff., insbesondere S. 95.

²⁾ Vgl. dazu *Franzen*, S. 163 ff. zu § 14 PVG. Es ist daher irreführend, zu sagen, daß der Eintritt der Gefahr gewiß oder mit Sicherheit zu erwarten ist . . . (PrOVG 98, S. 86); ebenso *Scholz*, a. a. O.

³⁾ Im einzelnen sind die gebrauchten Bezeichnungen unterschiedlich. So fordern z. B. *Schäfer-Wichards-Wille*, S. 44, und *Dreos-Lassar*, S. 27, „einen ausreichenden Grad objektiver Wahrscheinlichkeit“. *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 113 und *Scholz*, verlangen eine „erkennbare objektive Möglichkeit“ und *Senger-Kurzmann* eine „begründete Befürchtung“. Das PrOVG hat fast immer eine „gewisse“ oder eine „gewisse hinreichende Wahrscheinlichkeit“ verlangt, z. B. PrOVG 87, S. 301 ff.; 98, S. 86; OVG in RVBl 1930, S. 744; S. 131. Das KG stellt in RVBl 1929, S. 463, ziemlich hohe Anforderungen indem es von einer „naheliegenden . . . Wahrscheinlichkeit“ spricht. Demgegenüber ist der Gefahrenbegriff bei *Fleiner*, S. 402 („keine entfernte Möglichkeit“), *von Müller*, RVBl 1930, S. 92 („bis zu einem gewissen Grade wahrscheinlich“) und dem hessVGh, DOV 1954, S. 222 Nr. 66 („keine zu hohen Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit“) umfassender.

hende“ oder „bevorstehende“ Gefahr sich zu einem Schaden auswirken könne. Es ist aber zu beachten, daß diese termini in §§ 14 prPVG usw. nicht gebraucht werden. Hier spricht das Gesetz lediglich von „Gefahren, die drohen“. Es muß dementsprechend unterschieden werden zwischen den Aufgaben, die die Behörden durch Einsatz eigener Mittel lösen¹⁾ und denen, die die Heranziehung einer Zivilperson erforderlich machen²⁾. Aus dieser Unterscheidung ist ersichtlich, daß gar kein allgemeiner Maßstab dafür aufgestellt werden kann, mit welcher Sicherheit die Prognose über den Eintritt eines Schadens zu stellen ist. Die Polizei- und Ordnungsbehörden haben die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten. Erfüllen sie diese Aufgabe ohne die Inanspruchnahme von Zivilpersonen, so ist ihr Handeln nur von dieser Pflicht bestimmt. Man wird daher schon dann ein Eingreifen fordern müssen, wenn noch berechtigte Zweifel an der Verwirklichung der Gefahr bestehen. Anders dann, wenn in die Rechte des Staatsbürgers eingegriffen werden muß. Jetzt findet die Tätigkeit der Behörde einen Widerstand an der Rechtssphäre der Zivilperson. Fordert das Interesse an der reibungslosen Erledigung der Aufgaben ein möglichst frühzeitiges Eingreifen, so würde die Unantastbarkeit der Grundrechte des Einzelnen verlangen, daß er nur dann in Anspruch genommen wird, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (d. h. mit einem solchen Grad von Sicherheit, wie er nach den obigen Ausführungen überhaupt bei einer Betrachtung ex ante zu erreichen ist) der Eintritt eines Schadens zu befürchten steht. Diese beiden entgegengesetzten Interessen sind gegeneinander abzuwägen: je weiter die Ereignisse fortschreiten, desto klarer wird es, ob tatsächlich mit einer Schädigung gerechnet werden muß. Je länger aber mit einer evtl. Gefahrenabwehr gewartet wird, um so geringer wird die Aussicht, daß der Schaden überhaupt noch abgewandt werden kann. Zu einer wirksamen Abwehr wird es in aller Regel zu spät sein, wenn bereits mit „fast Sicherheit“ zu sagen ist, daß ein Schaden bevorstehe. Dieser Zeitpunkt ist also nicht mit der Notwendigkeit der Erledigung der polizeilichen Aufgaben zu vereinbaren³⁾. Aus diesem Grunde kann nicht gefordert werden, daß der Eintritt eines Schadens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein muß, um polizeiliches oder ordnungsbehördliches Eingreifen in die Rechtssphäre der Zivilperson ganz allgemein zu rechtfertigen. Eine so weitgehende Forderung würde die gefahrenabwehrende Tätigkeit vielfach lahm legen. Es wirkt andererseits auch nicht befriedigend, in diesem Zusammenhang nur davon zu sprechen, daß der Schadenseintritt wahrscheinlich sein müsse. Dieser Begriff allein ist zu vage, als daß er einer objektiven Bewertung fähig wäre. Ein Ereignis kann „gerade noch“ oder „in ganz hohem Maße“ wahrscheinlich sein, es bleibt immer wahrscheinlich. Daß aber auch diese Frage objektiv beantwortet werden muß, ergibt

¹⁾ Hier ist das bei *Drems-Wacke* auf S. 80 angeführte Beispiel, daß von der Polizei in zivilisierte Gegenden eingedrungene Wölfe erschossen werden, recht instruktiv.

²⁾ Wenn die letzteren auch die Regel sind.

³⁾ Vgl. *PrOVG* 77, S. 338: „Die öffentliche Ordnung und Sicherheit verlangen aber, daß eine als möglich erkannte polizeiliche Gefahr unter allen Umständen noch rechtzeitig beseitigt werden kann.“

sich wieder aus der Eigenschaft der „Gefahr“ als eines unbestimmten Gesetzesbegriffes, der seinem Inhalt nach, also auch bezüglich der Frage, ob ein Schaden droht, richterlicher Nachprüfung fähig ist¹⁾).

Die Definition des Begriffes der polizei- und ordnungsrechtlichen Gefahr muß zum Ausdruck bringen, daß der Grad der Sicherheit, mit dem die Prognose zu stellen ist, im Interesse der Integrität der rechtlichen Stellung der Zivilperson ein großer, daß er mehr als nur „möglich“ sein muß. Sie muß aber andererseits im Interesse einer ungehinderten Erledigung der polizeilichen Aufgaben darauf verzichten, zu verlangen, daß sich die Vorhersage so weit wie überhaupt möglich an die absolute Sicherheit annähert²⁾).

Zur Rechtfertigung polizeilichen und ordnungsbehördlichen Eingreifens in die Rechtssphäre einer Zivilperson muß also eine Sachlage vorliegen, die bei objektiver Betrachtung unter Zugrundelegung eines normalen, ungehinderten Ablaufs der Geschehnisse mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen wird, daß bei verständiger Abwägung der gegensätzlichen Interessen der Öffentlichkeit an frühzeitigem Eingreifen zur Gefahrenabwehr und der Zivilperson an der Unge störtheit ihrer Rechte mit diesem Schaden gerechnet werden muß³⁾).

Diese Formulierung zeigt weitgehende Ähnlichkeit mit den Grundsätzen, die die Adäquanztheorie aufstellt. Trotzdem läßt sich nicht sagen, daß im Polizeirecht der Schaden durch die Gefahr adäquat verursacht zu werden drohen müsse⁴⁾. Bei näherer Betrachtung erweist sich nämlich, daß die Adäquanz-Theorie einen weiteren Rahmen steckt, als das im vorhergehenden für das Polizeirecht geschehen ist. Sie formuliert in der Regel negativ in der Weise, daß nur solche Bedingungen als dem Erfolg nicht adäquat angesehen werden, die „nach ihrer allgemeinen Natur und den Regeln des Lebens für den Eintritt eines derartigen Schadens ganz gleichgültig sind, und nur infolge einer ganz außergewöhnlichen Verkettung der Umstände zu einer Bedingung des Schadens wurden⁵⁾“. Auf diese Weise werden nur solche Ereignisse als nicht adäquat ausgeschlossen, bei denen eine Schadensverursachung als ganz außerhalb des Gewöhnlichen liegend erscheint. Das wäre aber für das Polizei- und Ordnungsrecht viel zu weit. Hier müssen im Interesse des negativen Status der Zivilperson auch solche Ereignisse ausscheiden, bei denen die Herbeiführung eines Schadens zwar nicht ganz außergewöhnlich, aber doch auch nicht sehr

¹⁾ Auch hier findet die Bedeutung der „Objektivität“ keinen klaren Ausdruck in Rechtsprechung und Literatur. Vgl. statt vieler: *von Müller* in RVBl 1930, S. 92; *PrOFG* 77, S. 338.

²⁾ *Drems-Wacke*, S. 19 bringt das so zum Ausdruck, daß er „große Wahrscheinlichkeit“ des Schadenseintritts fordert.

³⁾ s. dazu *Giese-Neuwirth-Cahn*, S. 173 oben.

⁴⁾ so z. B. *Senger-Kurzmann*, S. 35 und *von Müller* in RVBl 1934, S. 334 ff.

⁵⁾ *Enneccerus-Lehmann*, § 15 auf S. 61. *Palandt*, Vorbemerkung 5 c vor § 249 BGB sagt ausdrücklich: „nicht etwa braucht der Schadenseintritt wahrscheinlich zu sein“. Ähnlich *Denecke* und *Oegg* im RGR-Kommentar, Vorbemerkung 3 vor §§ 249 ff. BGB: „Keineswegs ist . . . erforderlich, . . . daß der schädigende Erfolg objektiv der Regel nach zu erwarten wäre“.

wahrscheinlich ist. Die zivilrechtliche Adäquanztheorie kann daher im Rechte der Gefahrenabwehr keine Anwendung finden.

Von der Frage der Vorausssehbarkeit des Schadens ist die weitere Frage zu trennen, wie nah die Verletzung sein, wie bald sie erwartet werden muß¹⁾. Zu dieser Frage nach dem Grad der Bedrohung ist im Einzelnen später²⁾ Stellung zu nehmen. Es sei jetzt nur so viel gesagt, daß hiervon in besonders starkem Maße die Duldungspflicht der Zivilperson gegenüber Rechtseingriffen abhängt.

d) Die Unmittelbarkeit des Schadenseintritts

Das Problem der Unmittelbarkeit taucht vor allem im Rahmen der Frage nach dem Störer auf, bei der Frage also, ob eine Handlung oder der Zustand einer Sache in haftungsbegründender Weise eine Gefahr verursacht haben. Streng genommen muß aber die Unmittelbarkeit noch an anderer Stelle geprüft werden. Die Kausalreihe durchläuft die Glieder: Handlung (oder Zustand) — Gefahr — Schaden. Dabei liegen Handlung oder Zustand in der Vergangenheit, die Gefahr in der Gegenwart³⁾ und der Schaden in der Zukunft. Hieran wird deutlich, daß auch Gefahr und Schaden unmittelbar aufeinander folgen. Eine Sachlage ist also nur dann eine Gefahr, wenn von ihr gesagt werden kann, daß sie mit großer Wahrscheinlichkeit einen Schaden verursachen wird und zwischen dieser Sachlage und dem Schaden Unmittelbarkeit besteht. Muß damit gerechnet werden, daß die betr. Sachlage nur zu einem anderen Zustand führt, der seinerseits schädliche Folgen haben wird, so ist nicht sie, sondern erst der durch sie hervorgerufene Zustand eine Gefahr und erst dann polizeiliches Eingreifen gegenüber der Zivilperson gerechtfertigt. Das bei Drews-Wacke⁴⁾ aufgeführte Beispiel macht das recht klar. Heißt die Kausalreihe: Lärmerzeugung — Lärm — Gesundheitsschaden, so ist diese Reihe gleichzusetzen der Folge: Handlung — Gefahr — Schaden, d. h. der Lärm stellt eine Gefahr dar.

Folgen aber Lärmerzeugung — Lärm — Gefühl der Störung — Finanzieller Aufwand zur Lärmbekämpfung — aufeinander, so hat der Zustand Lärm, der daraufhin geprüft werden soll, ob er eine Gefahr darstelle, zwar indirekt zu einem (finanziellen) Schaden geführt, direkt aber nur zu einer Belästigung. Die „Gefahr“ wäre dann allenfalls in dieser Belästigung zu sehen, so daß die Folge lautete: Handlung — Erfolg (Belästigung) — Gefahr — Schaden.

Bildlich gesprochen ist also nur derjenige Zustand eine Gefahr, von dem sich sagen läßt, daß er das letzte Kausalglied vor dem Schaden sein wird oder, anders ausgedrückt, es muß Unmittelbarkeit zwischen Gefahr und

¹⁾ Das wird anscheinend vor allem durch Müller, Präventivpolizei, S. 96 ff. nicht erkannt, wenn er sein Erstaunen darüber ausdrückt, daß „Nicht alle Schriftsteller von einer unmittelbaren, sondern vielmehr von einer ‚wahrscheinlichen‘ Gefahr sprechen“. Müller geht offenbar davon aus, daß die Unmittelbarkeit eine Steigerung der Wahrscheinlichkeit sei. Ähnlich ProVG in RVBl 1950, S. 744.

²⁾ Zweiter Hauptteil, Kapitel 2.

³⁾ Wobei allerdings beide in der Regel in einem unmeßbaren und daher fiktiven zeitlichen Abstand aufeinander folgen.

⁴⁾ S. 17.

Schaden vorausgesagt werden können. Bei der näheren Erörterung des Problems der Unmittelbarkeit im Kapitel „Störer“ wird sich zeigen, daß im Grunde genommen beide Male das gleiche Kausalitätsproblem, angewandt auf verschiedene Zeitpunkte, auftaucht.

Der Grund dafür, daß die Unmittelbarkeit an dieser Stelle von Literatur und Rechtsprechung weitgehend nicht behandelt wird, scheint mir darin zu liegen, daß fast immer dann, wenn zwischen dem Zustand, der auf seine Gefährlichkeit untersucht wird und dem Schaden noch ein weiteres Ereignis steht, schon die Forderung nach der großen Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nicht erfüllt sein wird, nach der Unmittelbarkeit also gar nicht mehr zu fragen ist. In der Tat verliert diese Frage dadurch weitgehend an Bedeutung. Immerhin sollte sie aber zur größeren Klarheit in die Definition der polizeirechtlichen Gefahr Aufnahme finden, denn im naturwissenschaftlichen Sinne ist ein Schaden ja auch dann durch einen Zustand verursacht worden, wenn er durch beliebig viele Kausalglieder von ihm getrennt ist.

e) *Zusammenfassung und Definition*

Als Ergebnis der Ausführungen zu a — d läßt sich die gesuchte Definition in folgender Weise formulieren:

Die polizei- und ordnungsrechtliche Gefahr ist eine Sachlage, die bei objektiver Betrachtung unter Zugrundelegung eines normalen, ungehinderten Geschehensablaufs mit einem so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu einer objektiven, unmittelbaren und abnormen Verminderung eines Rechtsgüterbestandes, der eine für Zeit, Ort und Umstände normale Empfindlichkeit gegenüber Verletzungen aufweist, führen wird, daß bei verständiger Abwägung der gegensätzlichen Interessen mit dieser Verminderung gerechnet werden muß.

§ 3: *Das gefährdete Rechtsgut*

Die bisherigen Ausführungen bezeichneten den Gegenstand polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Schutzes, von dem ein Schaden abzuhalten ist, als „Rechtsgüterbestand“. Dieser Begriff ist umfassend; er enthält ebenso alle Arten von bürgerlich rechtlichen Gütern wie öffentlich rechtliche. Er kennzeichnet alle rechtlich relevanten Werte überhaupt. Demgegenüber nehmen aber fast alle hier in Betracht kommenden Gesetze eine Einschränkung vor.^{1) 2)}

So ist in § 14 prPVG gesagt, daß nicht jede, irgendeinem Rechtsgüterbestand drohende Gefahr zum polizeilichen Eingreifen berechtige, sondern nur die, die der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ drohe. Die damit vorgenommene Abgrenzung der aus der Generalklausel hervorgehenden polizeilichen Befugnisse hat notwendig einen verstärkten Schutz der Rechte

¹⁾ Vgl.: Das prPVG in alter oder teilweiser veränderter Fassung (NRW u. Berlin), das OBG, das SOG, das PVG RhLPf, das PolGes SchlH, das PAG, das PolGes Hess, das Bundesversammlungsgesetz, das ÜG und das Freiheitsentziehungsgesetz Hess.

²⁾ *Drems-Wake*, S. 24, sagt im Grunde genommen nicht das Gegenteil. Er geht vielmehr davon aus, daß polizeiliches Eingreifen normalerweise speziell geregelt ist und daß jetzt eine Erweiterung der polizeilichen Befugnisse dadurch gegeben sei, daß die öffentliche Ordnung schlechthin geschützt werde. Diese Erweiterung bringt aber nicht der Begriff „öffentliche Ordnung“, sondern die ganze Generalklausel.

der Zivilperson im Gefolge. Geringere polizeiliche Rechte auf der einen bedeuten geringere Pflichten des Staatsbürgers auf der anderen Seite.

Den Gesetzen, die den Begriff der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ verwenden, stehen die abweichenden Regelungen des PAG und PolGes BadWü gegenüber. Das bayrische Gesetz unterscheidet zwischen den polizeilichen Aufgaben und den polizeilichen Befugnissen mit der Begründung, daß bei Anwendung des § 14 prPVG ein (unzulässiger) Schluß vom Zweck auf die Mittel vorgenommen werde¹⁾. Art. 2 PAG legt die Aufgaben der Polizei in überkommener Weise dahingehend fest, daß sie Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren habe. Die polizeilichen Befugnisse und damit die Möglichkeiten der Behörden, in die Rechte von Zivilpersonen einzugreifen, sind dagegen in Art. 5 PAG geregelt worden. Danach richtet sich die rechtliche Beurteilung polizeilichen Eingreifens entweder nach den Bestimmungen der Art. 14 ff. PAG (Art. 5 Abs. I), in denen für etliche Fälle (z. B. Platzverweisung, Art. 16) die genauen Voraussetzungen eines Vorgehens speziell geregelt sind, oder aber nach den allgemeinen Bedingungen des Art. 5 Abs. II PAG. Art. 5 Abs. II zählt Rechtsgüter auf, deren Gefährdung polizeiliches Einschreiten rechtfertigt. Diese Rechtsgüter sind durchweg von den Begriffen öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung mit umfaßt. Der Unterschied zu der herkömmlichen Regelung besteht aber vor allem darin, daß nur bei den unter Ziff. 3 c aufgeführten Rechtsgütern ein öffentliches Interesse am polizeilichen Schutz in concreto nachgewiesen werden muß. Bei Ziff. 1, 2 und 3 a, b braucht ein öffentliches Interesse nicht geprüft zu werden, weil es als stets vorliegend angenommen wird²⁾. Die Abschaffung der für Bayern immer umstritten gewesenen Generalklausel scheint mir damit nicht erreicht zu sein. Es liegt im Grunde genommen nichts weiter vor, als daß innerhalb der Generalmächtigung an Stelle von „öffentliche Sicherheit“ die Rechtsgüter gesetzt sind, die nach der bisherigen Entwicklung des Polizei- und Ordnungsrechts diesem Begriff unterfallen³⁾.

Einen Schritt weiter geht das PolGes BadWü. Es gebraucht den Begriff „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ an keiner Stelle mehr, auch nicht zur Beschreibung der polizeilichen Aufgaben in § 1. An Stelle der „Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ ist die „Verletzung von Recht und Ordnung“ getreten, deren Verhütung „im öffentlichen Interesse geboten“ ist. Damit ist jedoch keine wesentliche Änderung gegenüber dem Rechtszustand im Geltungsbereich des prPVG eingetreten. Denn auch der Baden-Württembergische Gesetzgeber geht davon aus, daß jede Verletzung der öffentlichen Sicherheit gleichzeitig eine Verletzung entweder von Recht oder von Ordnung sei (wobei dahingestellt bleiben kann, ob nicht eine Rechtsverletzung auch immer eine Ordnungsverletzung darstellt, so daß man mit dem Begriff der Ordnung allein ausgekommen wäre). Demnach wäre also die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ lediglich eine unnötige

¹⁾ Eine Ansicht, die nicht ohne Widerspruch blieb, auf die einzugehen aber den Rahmen der vorliegenden Untersuchung überschreiten würde, vgl. *Mayer*, S. 235.

²⁾ *Berner*, S. 13, Anm. 6 zu Art. 5.

³⁾ vgl. zum Ganzen: *Mayer*, S. 237 ff.; vor allem S. 247; *Emmerig*, S. 101 ff.

Komplizierung. Inwieweit das zutrifft, muß sich aus den nachfolgenden Erörterungen ergeben. Diese Erörterungen gelten aber jedenfalls im wesentlichen trotz des veränderten Wortlauts auch für das PolGesBadWü¹⁾.

Ebenso wie die „Gefahr“ ist die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ ein unbestimmter Gesetzesbegriff²⁾, da sie zu den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen gehört³⁾. Sie ist daher im Einzelfall konkret zu bestimmen. Ob ein gefährdetes Rechtsgut diesem Begriff unterfällt, steht nicht im Ermessen der Behörden der Gefahrenabwehr, sondern ist richterlich nachprüfbar.

Der zu untersuchende Begriff wirft drei Fragen auf. Was ist hier zu verstehen unter „öffentlich“, was unter „öffentlicher Sicherheit“, was unter „öffentlicher Ordnung“? Diese Fragen sind nicht nur für das prPVG und die übrigen Polizei- und Ordnungsbehörden Gesetze von Bedeutung, sondern auch für Art. 13 GG⁴⁾.

a) Das Kriterium der „Öffentlichkeit“

Polizeiliches Vorgehen ist nur gerechtfertigt zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, alle anderen Bereiche der Sicherheit und Ordnung, z. B. die nur private Sicherheit, scheiden aus. Das Kriterium der „Öffentlichkeit“ ist zu suchen im öffentlichen Interesse am Schutz bestimmter Rechtsgüter⁵⁾. Das bedeutet, daß Polizei und Ordnungsbehörden nur dann eingreifen dürfen, wenn das öffentliche Interesse ein solches Eingreifen erfordert⁶⁾. Aus dieser Feststellung ergeben sich die weiteren, in Literatur und Rechtsprechung viel behandelten Fragen.

aa) Die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist immer nur ein Zustand, der nach außen, in der Öffentlichkeit, in Erscheinung tritt. Negativ ausgedrückt kann ein Zustand für die Öffentlichkeit also dann keine Gefahr bilden, wenn die Öffentlichkeit sich durch diesen Zustand nicht beeindruckt fühlt, weil er im Verborgenen bleibt. So bilden z. B. die auf abgesperrtem und vor Zuschauerblicken geschütztem Grundstück stattfindenden Zusammenkünfte eines Vereins für Freikörperkultur schon deswegen keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, weil sie nach außen hin nicht in Erscheinung treten⁷⁾. Ein öffentl. Interesse besteht nur an dem, was öffentlich geschieht oder zumindest die Öffentlichkeit berührt, nicht auch an dem, was nicht dritten Personen, sondern nur dem Handelnden oder dem Eigentümer des störenden Gegenstandes bekannt wird.

¹⁾ vgl. auch Reiff, S. 24.

²⁾ Müller-Heidelberg, S. 40; Müller (Diss), S. 96, Fußnote 10 a. E.; OVGE 1/49.

³⁾ Wolff, Lehrbuch, § 31 I c.

⁴⁾ Dazu, daß die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ in Art. 13 Abs. III GG mit der Formulierung des prPVG übereinstimmt: v. Mangoldt-Klein, Art. 13, Anm. IV 5 b und unten, 2. Haupttt., Kap. 2.

⁵⁾ Mit Wolff, Lehrbuch, § 29 III b, S. 122, im „besonderen öffentlichen Interesse“, d. h. im „gemeinsamen Interesse bestimmter lokaler oder funktioneller, innerstaatlicher Gesamtheiten“. Vgl. zur Frage des öffentlichen Interesses insgesamt: Wolff, aaO, § 29, S. 119 ff. und Dürig, „Die konstant. Voraussetzgen. d. Begr. öff. Inter.“

⁶⁾ vgl. § 1 PolGes BadWü!

⁷⁾ Drenos-Wacke, S. 20; Senger-Kurzmann, S. 42; Knauth-Wagner, § 32, Anm. 6 a; BGH in VerwRspr 5, S. 319: Der BGH geht davon aus, daß eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in der Regel ausgeschlossen sei, „wenn sich die in Betracht kommenden Vorgänge auf einem befriedeten Besitztum abspielen“.

bb) Wer sich selbst gefährdet, kann nur geschützt werden, wenn es das öffentliche Interesse verlangt. Das öffentliche Interesse an der Verhinderung von Gefahren, die der Gefährdete selbst heraufbeschworen hat, ist aber nicht für alle Zeiten und alle Orte das gleiche. Es ist darauf hinzuweisen, daß z. B. in England der versuchte Selbstmord als Versuch eines Kapitalverbrechens bestraft wird, während er in Deutschland straflos bleibt¹⁾. Ob auch die Selbstgefährdung den Behörden die Berechtigung zum Eingreifen gibt, hängt davon ab, wie die staatliche Auffassung von der Bedeutung des Einzelmenschen und der freien Dispositionssphäre, die ihm zugestanden werden muß, jeweils beschaffen ist²⁾.

So wurde das Individuum nach nationalsozialistischer Auffassung in erster Linie als Glied der „Volksgemeinschaft“ gesehen. Als ein solches Glied konnte es nicht in vollem Umfange über sich selbst verfügen; das Interesse der Öffentlichkeit an einem Schutz des Einzelnen auch vor sich selbst setzte da ein, wo im Einzelnen die Volksgemeinschaft bedroht erschien³⁾. In einer Zeit dagegen, die individualistische Auffassungen hegt, und dementsprechend ein weitgehendes Recht des Staatsbürgers, über sich und seinen Körper frei zu verfügen, anerkennt, wird das öffentliche Interesse an einem Schutz des Einzelnen gegen Selbstverletzung nur als gering gelten dürfen.

Nur unter Zugrundelegung einer solchen individualistischen Auffassung kann ich nur die Ansicht Drews-Wackes⁴⁾ bejahen, daß die ausschließliche Eigengefährdung nicht zum polizeilichen Eingreifen berechtige; Allgemeingültigkeit kann diese Ansicht aus den dargelegten Gründen nicht verlangen⁵⁾. Zu einem anderen Ergebnis muß auch hier derjenige kommen, der den Polizeibehörden das Recht zum Handeln als Repräsentanten der Angehörigen des Selbstverletzers oder des Selbstmörders zugesteht.

Ohne Rücksicht auf zeitbedingte weltanschauliche Veränderungen können Selbstgefährdungen immer gleichzeitig eine Gefahr für andere Rechtsgüter bilden, so z. B. würde sicherlich eine Störung der öffentlichen Ordnung vorliegen, wenn ein anormal Veranlagter auf offener Straße sich selbst Verletzungen beibrächte. Oft angeführt wird auch das Straßenbahnbeispiel. Ist jemand im Begriff, von einer fahrenden Straßenbahn abzuspringen, so hat die Polizei (nach individualistischer Auffassung) dieses Vorhaben nicht deswegen zu verhindern, weil sich der Betreffende

¹⁾ vgl. Palmer, S. 266; Warmington, S. 47: „An unsuccessful attempt at suicide is a misdemeanor“. S. auch Dürig, Die konst. Voraussetzungen, S. 81 ff., insbesondere S. 85 u. 89.

²⁾ Dürig aaO, S. 118, führt aus, das öffentliche Interesse habe drei konstante Voraussetzungen: a) ein Subjekt, die „Allgemeinheit“ oder einen „unbestimmten Teil der Allgemeinheit“, b) ein Objekt, an dem Interesse besteht, c) ein „eine Bedeutung beilegen“, d. h. die erforderliche Relation zwischen Subjekt und Objekt.

³⁾ Besonders anschaulich ist hier das Urteil des OVG vom 26. 1. 1939, PrOVG 103, S. 159.

⁴⁾ S. 20.

⁵⁾ Ebenso wie Drews-Wacke: Froelich, S. 55; a. A.: Knauth-Wagner, § 32. Anm. 6 a; Friedrichs, S. 80, zieht den Schluß, daß auch Selbstgefährdungen abzuwehren seien, aus § 15 prPVG. Tatsächlich bietet aber § 15 Abs. 1 a prPVG keinen Anhaltspunkt dafür, daß die in Verwahrung zu nehmenden Personen hier nicht gegen von außen kommende, sondern durch sie selbst hervorgerufene Gefahren geschützt werden sollen. Anders in dem in NRW für die Ordnungsbehörden an Stelle des § 15 prPVG getretenen § 2 UG.

selbst gefährden würde, sondern weil durch das Abspringen ein Unfall zu entstehen droht, der seinerseits eine Gefahr für den übrigen Verkehr darstellen würde¹⁾. Ist die sich gefährdende Person geisteskrank oder aus einem anderen Grunde willenlos, so muß sie behandelt werden, als ob ihr die Gefahr von dritter Seite drohte, da zu einer Handlung, die als eine Bestimmung über sich selbst respektiert werden könnte, notwendigerweise immer Willens- und Entschluß-Freiheit und -Fähigkeit gehört²⁾. Damit findet auch die Frage nach der Berechtigung behördlichen Eingreifens für einen erheblichen Teil der Fälle versuchter Selbsttötung ihre Antwort, weil hier oft eine zumindest augenblickliche Depressivität vorliegt, die zu einem Ausschluß der völligen Willensfreiheit führt.

cc) Eng verknüpft mit dem im vorstehenden behandelten Problem ist die Frage, ob ein öffentliches Interesse an polizeilichem oder ordnungsbehördlichem Schutz nur dann vorliegt, wenn eine Mehrzahl von Personen bedroht ist, oder auch dann, wenn sich eine Einzelperson in Gefahr befindet. § 14 prPVG sagt ausdrücklich, daß Gefahren „von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen“ abzuwehren seien³⁾. Diese Wendung kann Anlaß zu der Meinung geben, daß jede Einzelperson in jedem Falle geschützt sei. Nach einhelliger Auffassung ist das jedoch nicht der Fall. Die Worte „von der Allgemeinheit oder dem Einzelnen“ sind vielmehr zu lesen in Verbindung mit dem Adjektiv „öffentlich“. Auf diese Weise ergibt sich, daß auch hier das öffentliche Interesse darüber entscheidet, ob ein Eingreifen gerechtfertigt ist. Gefahren für die Allgemeinheit berühren das öffentliche Interesse stets, Gefahren für Einzelne nicht unbedingt. Bei einer Gefährdung der Allgemeinheit ist daher nicht zu prüfen, ob das öffentliche Interesse eine Abwehr verlangt, bei der Einzelgefährdung muß in jedem konkreten Falle diese Feststellung aufs neue getroffen werden.

Auch hier wechselt das jeweilige öffentliche Interesse mit Zeit und Ort. War es aber bei der Selbstgefährdung abhängig von dem Grade, in dem die Gesellschaft dem Individuum die Freiheit der Entscheidung über seinen eigenen Körper zugesteht, so hängt es hier ab von dem Werte, der dem Einzelnen und dem Menschen als solchem beigemessen wird. Die Massengesellschaft bemißt diesen Wert nach der Bedeutung des Individuums in seiner Eigenschaft als Teil der Gemeinschaft, die individualistische Gesellschaft am Maßstab der Menschenwürde und der Grundrechte auf Unversehrtheit von Körper und Leben. Hier kann also der totalitäre Staat der bürgerlichen Demokratie in der Zahl der Fälle, in denen eine Maßnahme zur Abwehr einer Einzelgefahr als berechtigt angesehen wird, nachstehen, weil eine Gefährdung der Menschen, deren Arbeitskraft für ihn keinen Wert hat, oder eine Gefährdung, die diese Arbeitskraft unberührt läßt, irrelevant ist. Anders dagegen in einem Staat, der den Einzelnen deswegen

¹⁾ Etwas gekünstelt mutet allerdings die Begründung an, daß andere Fahrgäste zu dem gleichen Verhalten angeregt würden und dadurch eine Ordnungsstörung entstehen könne, vgl. *Drerov-Wacke*, S. 20.

²⁾ Gesetzlich festgelegt ist diese Ansicht heute in NRW in § 2 UG; vgl. auch VV zum UG, Rd. Erlaß des Innenministers NRW vom 2. Dezember 1956 (MBII NRW S. 2359), Ziff. 9.

³⁾ Ein Zusatz, der in § 1 OBG und Art. 2 PAG fehlt, ohne daß damit aber eine sachliche Änderung beabsichtigt gewesen wäre. Vgl. VV zum OBG, vom 1. Dezember 1956 (MBII NRW, S. 2341), zu 1; *Senger-Kurzmann*, S. 38; *Riedorf*, S. 31 und *Berner*, S. 8 f.

schützt, weil er es als im öffentlichen Interesse liegend sieht, daß die Individualrechte erhalten bleiben.

Unabhängig von den Schwankungen, die durch solche veränderlichen Anschauungen hervorgerufen werden, wird ein öffentliches Interesse am Schutze der Einzelperson immer dann zu bejahen sein, wenn ihr eine Lebens- oder eine bedeutende Gesundheitsgefahr droht¹⁾. Die Öffentlichkeit kann nicht zulassen, daß das Individuum vor ihren Augen zugrundegeht. Im anderen Falle würde sich die Gesellschaft, die doch im ursprünglichsten Sinne eine Zweckgemeinschaft der Menschen ist, ihrer Hauptfunktion begeben²⁾.

Zusammengefaßt ist festzustellen, daß eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nur dann gegeben ist, wenn der zu untersuchende Zustand nach außen in Erscheinung tritt und die Verhinderung des drohenden Schadens im öffentlichen Interesse liegt. Öffentliches Interesse ist die „Bedeutung, die die Mehrheit der Allgemeinheit oder die Mehrheit eines unbestimmten Personenkreises“ an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit einem Rechtsgut beimißt³⁾.

b) Die öffentliche Sicherheit

Bei Erlaß des prPVG im Jahre 1931 wurden die Ergebnisse einer rund 50-jährigen Rechtsprechung, vor allem des PrOVG, in einer amtlichen Begründung zusammengefaßt⁴⁾. Der Teil der Begründung, der sich auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung bezieht, soll hier wiedergegeben werden⁵⁾:

„Als Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit im Sinne des § 14 gilt der Schutz vor Schäden, die entweder den Bestand des Staates oder seiner Einrichtungen oder das Leben, die Gesundheit, Freiheit, Ehre oder das Vermögen der einzelnen bedrohen, sei es, daß die Gefahr ausgeht

- a) von Ereignissen oder Zuständen in der belebten und unbelebten Natur,
- b) von Handlungen oder Unterlassungen von Menschen, insbesondere von dem Bruch einer Norm der öffentlichen oder privaten Rechtsordnung. In letzterer Hinsicht hat die Polizei allerdings nur tätig zu werden, soweit nicht die Zuständigkeit anderer Behörden, insbesondere der ordentlichen Gerichte oder der Strafverfolgungsbehörden gegeben ist, es sei denn, daß ein besonderer, auf andere Weise nicht zu beseitigender Notstand vorliegt“.

¹⁾ vgl. auch *Dürig* in AöR 79, Anm. 72 auf S. 81.

²⁾ Der Gedanke, daß eine Gefahr für den Einzelnen nur dann die Berechtigung zu polizeilichem Eingreifen begründe, wenn ein öffentliches Interesse am Schutz der Einzelperson besteht, findet in verschiedener Weise Ausdruck in Rechtsprechung und Literatur: *Drems-Wacke*, S. 20 f., verlangt, daß die Einzelgefährdung „in die Öffentlichkeit ausstrahlen“ müsse. Den Einzelnen „als Mitglied der Allgemeinheit“ oder „als Glied einer potentiell unbeschränkten Mehrheit“ wollen schützen: *Friedrichs*, S. 78 f.; *Scupin*, im Handbuch, S. 614 f.; *Pioch*, S. 8, Nr. 12; *Froelich*, S. 55. Dagegen sprechen *Knauth-Wagner*, § 32, Anm. 6 a, davon, daß „das öffentliche Interesse an der Gefährdung Anteil haben“ müsse. Einzelne Entscheidungen zu dieser Frage sind: PrOVG 51, S. 383; PrOVG in PrVBl 1916/17, S. 358 (18. 3. 15); 1918, S. 364 (19. 9. 18).

³⁾ *Dürig*, Die konst. Voraussetzgen., S. 118.

⁴⁾ Abgedruckt bei *Klausener-Kerstiens-Kempner*.

⁵⁾ Bei *Klausener-Kerstiens-Kempner* auf S. 103 f.

Der so umrissene Begriff der öffentlichen Sicherheit ist kein künstlich geschaffener, sondern in einer langen Entwicklung in der Praxis gewachsen. Dies gilt in gleicher Weise wie für das prPVG für die übrigen Gesetze, in denen er verwandt wird¹⁾, auch für das GG²⁾. Es sind hier aufgeführt einmal die Rechtsgüter, deren Schädigung der öffentlichen Sicherheit entgegenstehen würde und zum anderen die Einwirkungen durch die ein Schaden entstehen kann.

aa) Der Bestand des Staates und seiner Einrichtungen ist zum Objekt polizeilichen Schutzes erklärt worden. Es muß aber berücksichtigt werden, daß zumindest heute eine Einschränkung der diesbezüglichen Tätigkeit der Polizei- und Ordnungsbehörden durch die Einrichtung anderer Institutionen getroffen worden ist. So zählt z. B. der Schutz der verfassungsmäßigen Grundordnung sicherlich zum Staatsschutz. Die Errichtung eines Bundesamtes für Verfassungsschutz und der Verfassungsschutzämter der Länder hat aber³⁾ das polizeiliche Vorgehen auf diesen Gebieten insofern beschnitten, als jetzt Sonderbehörden, allerdings ohne eigene Exekutivzuständigkeit, bestehen, die sich ganz speziell nur um diesen Teil des Staatsschutzes bemühen. Auch jetzt bleibt, insbesondere im Hinblick auf § 3 II des Ges. über die Zusammenarbeit noch Raum für polizeiliches Eingreifen, z. B. bei reinen Vollzugsaufgaben, er ist aber enger als vorm.

Scupin⁴⁾ unterscheidet zwischen der polizeilichen und der politischen Gefahr, welche letztere er z. B. dann für vorliegend erachtet, wenn eine regional nicht überschaubare Menschenmenge bedroht ist und hält eine Revolutionsgefahr, die dem ganzen Lande schlechthin droht, nicht für eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit. Dem ist zuzustimmen, sofern unter politischer Gefahr ausschließlich die Bedrohung des Ganzen begriffen wird. Es ist jedoch zu bedenken, daß die überörtliche Gefahr sich an einzelnen Orten des bedrohten Ganzen als polizeiliche Gefahr auswirken kann. Wenn nämlich eine regional nicht überschaubare Menschenmenge bedroht ist, so bedeutet das in der Regel, daß in unbestimmten vielen Gebieten eine Gefährdung vorliegt. Daß aber in einem bestimmten Gebiet eine Gefahr für Menschen besteht, wird man sicherlich auch dann immer feststellen können, wenn die Möglichkeit, daß auch in einem anderen Gebiet eine Gefährdung vorliegt, nicht auszuschließen ist. Die Polizei- und Ordnungsbehörde fragt aber immer nur, ob hier und jetzt die Voraussetzungen für ihr Eingreifen gegeben sind.

Die Unterscheidung zwischen polizeilichen und politischen Gefahren führt dazu, daß die Gefahren der letzteren Art nicht in den Aufgabenkreis der Polizeibehörden fallen. Ihnen fehlt die Fähigkeit, solche Bedrohungen zu

¹⁾ vgl. Rietdorf, S. 31; Müller-Heidelberg, S. 39; Altmeyer-De Clerck, S. 50 f.; Fülllein (Komment.), S. 68; Berner, S. 9.

²⁾ v. Mangoldt-Klein, S. 408, Anm. IV b zu Art. 13.

³⁾ Trotz des § 3 Abs. II des Ges. über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes vom 27. Sept. 1950 (BGBl. S. 682): „Polizeiliche Befugnisse oder Kontrollbefugnisse stehen dem Bundesamt für Verfassungsschutz nicht zu ...“

⁴⁾ Im Handbuch, S. 613.

beurteilen, die sich gegen das Staatsganze richten. Aus diesem Grunde haben sie keine politische Entscheidungsbefugnis. Dem widerspricht es nicht, daß aus der politischen Gefahr wiederum eine polizeiliche Gefahr entstehen kann, die jetzt von den Polizeibehörden zu bekämpfen ist und daß die Regierung gegen politische Gefahren Polizei einsetzen kann.

bb) Die öffentliche Sicherheit erfordert den Schutz von Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre und Vermögen auch des Einzelnen. Hier ist auf die oben, S. 26 f, gemachten Ausführungen zu verweisen. Es ist demnach davon auszugehen, daß die in der amtlichen Begründung aufgezählten Rechtsgüter keinen ausschließlichen Katalog darstellen. Dieser enthält vielmehr die Werte, bei deren Verletzung eine Störung des öffentlichen Interesses offenbar ist. Der Schutz anderer Einzelgüter, den nach Zeit und Ort das öffentliche Interesse verlangt, ist damit nicht von vornherein ausgeschlossen¹⁾.

cc) Entgegen der amtlichen Begründung zu § 14 prPVG zählt das OVG Münster die Störungen der Leichtigkeit des Verkehrs nicht mehr zu den Gefahren für die öffentliche Ordnung, sondern zu denen, die die öffentliche Sicherheit bedrohen²⁾. Dieser Auffassung wird man zumindest dann folgen können, wenn der reibungslose Ablauf des Verkehrs unerwartet, plötzlich beeinträchtigt wird. Der Strom von Fahrzeugen, der sich heute ständig auf fast allen Straßen ergießt, läßt aus jeder unverhofften Stockung des Verkehrs eine Gefährdung der menschlichen Gesundheit entstehen.

dd) Die Gefährdung kann verursacht werden durch Naturereignisse oder durch menschliche Handlungen. Scupin³⁾ hält überörtliche Naturkatastrophen nicht für eine polizeilich zu verhütende Gefahr. Dem kann ich beipflichten insofern, als bei solchen überörtlichen Katastrophen eine Pflicht der Staatsführung zur Entscheidung über die Bekämpfung des Gesamtkomplexes der Gefahr und zur einheitlichen Lenkung ihrer Abwehr besteht. Diese Pflicht hat aber überregionale Maßnahmen zum Gegenstand. Die Abwehr der Teilgefahr im Einzelbezirk wird man der örtlich zuständigen Behörde zumindest neben der Staatsführung zusprechen müssen.

Die Begründung verdeutlicht durch Gebrauch des Wortes „insbesondere“, daß nicht nur solche menschliche Handlungen, die den Bruch einer Norm im Gefolge haben, sondern auch andere Tätigkeiten die öffentliche Sicher-

¹⁾ In § 13 Abs. 1 Ziff. 2 des Bundesversammlungsgesetzes ist *nur* Leben und Gesundheit der Teilnehmer geschützt. Das bedeutet eine Einengung der polizeilichen Befugnisse insofern, als weder zum Schutz der öffentlichen Ordnung, soweit dieser nicht auch einen Schutz der aufgeführten Rechtsgüter bedeutet, noch zum Schutz der über Leben und Gesundheit hinausgehenden Bestandteile der öffentlichen Sicherheit eingegriffen werden darf. Gleiches wie für das Versammlungsgesetz gilt für die hier allein in Betracht kommenden Bestimmungen des PolGes BadWürt., nämlich §§ 22 Abs. 1 Ziff. 2 und 25 Abs. 1.

²⁾ OVG 9, S. 180 ff. = MDR 1955 S. 190: „Die ständige Zunahme des motorisierten Verkehrs stellt an die glatte und reibungslose Abwicklung des Straßenverkehrs derartige Anforderungen, daß jede Beeinträchtigung seiner Leichtigkeit auch eine Gefährdung seiner Sicherheit darstellt . . .“

³⁾ Im Handbuch, S. 613.

heit gefährden können. Wird die öffentliche Sicherheit dadurch in Gefahr gebracht, daß eine Norm gebrochen zu werden droht, so ist festzuhalten, daß hier nur die präventive Tätigkeit der Polizei in Betracht kommt. Bei der Verfolgung begangenen Unrechts wird sie in erster Linie nicht zum Zwecke der Gefahrenabwehr tätig, sondern als Hilfsorgan der Staatsanwaltschaft im Rahmen der StPO. Die allgemeinverbindlichen öffentlich- und bürgerlichrechtlichen Normen zählen an und für sich zu den Bedingungen, die der Staat als Voraussetzung für das Zusammenleben seiner Bürger anerkannt hat. Wird aber eine solche Norm gebrochen, so ist nicht nur der Einzelne gefährdet, zu dessen unmittelbarem Schaden die Handlung führen würde, sondern der Zweck des Staates, das Leben seiner Bürger zu ordnen, wird in Frage gestellt. Aus dieser Gefährdung des Staatszwecks resultiert die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit.

Die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, die durch den drohenden Bruch einer Norm entstehen, gehört wie immer zu den Aufgaben der Polizei- und Ordnungsbehörden. Da aber die Durchsetzung des größten Teils der Gesetze anderen staatlichen Einrichtungen, insbesondere den Gerichten, übertragen ist, fällt ein weites Gebiet aus der Zuständigkeit der gefahrenabwehrenden Behörden heraus¹⁾. So ist es in der Regel nicht Aufgabe der Polizei, Privatrechte zu schützen. Sie muß diesen Schutz den ordentlichen Gerichten überlassen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn gerichtliches Eingreifen zu spät kommen würde, um einen Schaden zu verhindern. Aber auch dann darf die Behörde nicht eine Entscheidung darüber treffen, welche von zwei Parteien eines zivilrechtlichen Streites Recht hat²⁾, sondern sie muß dafür Sorge tragen, daß der bestehende Zustand aufrecht erhalten bleibt, bis ein Einschreiten der Gerichte möglich ist, ohne daß einem der beiden streitenden Teile ein nicht wieder gut zu machender Schaden entsteht. Schadensverhütung ist auch hier wie überall der Rechtfertigungsgrund für polizeiliches und ordnungsbehördliches Eingreifen. Läßt sich ein Schaden für einen von beiden Teilen nicht vermeiden, so ist auch jetzt nicht die Frage nach der Lösung des Rechtsstreits zu stellen; maßgebend ist vielmehr allein der drohende Schaden. Zu verhindern ist in diesem Falle die schwerstwiegende Schädigung, das ist die am nächsten bevorstehende und die das wertvollere Rechtsgut bedrohende³⁾.

Die Polizei- und Ordnungsbehörden haben also nur dann die Berechtigung, Rechtseingriffe zur Verhütung des Bruchs einer privatrechtlichen Norm vorzunehmen, wenn ein dringendes Bedürfnis es erfordert⁴⁾.

¹⁾ vgl. dazu: *Drems-Wacke*, S. 22; *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 117.

²⁾ *Friedrichs*, S. 82.

³⁾ Dieser Gedanke findet auch in der Entscheidung PrOVG 59, S. 441 ff. Ausdruck, in der über den Fall eines Garteninhabers entschieden wird, der einem Karussellbesitzer die Benutzung seines Grundstückes mit der Behauptung, er habe sich dazu nicht verpflichtet, verbieten wollte und polizeilichen Schutz beantragte, da eine einstweilige Verfügung zu spät kommen würde. Das OVG stellt darauf ab, daß dem Benutzer ein *unmittelbar bevorstehender* Schaden droht. Bedenklich sind allerdings die dann folgenden Ausführungen darüber, daß der Polizeibeamte zu prüfen gehabt habe, ob das Verlangen des Gartenbesitzers „berechtigt erscheine“.

⁴⁾ vgl. dazu VV OBG, § 1 Ziff. 1 u. PrOVG 77, S. 337.

c) Die öffentliche Ordnung

Zu diesem Begriff sagt die amtliche Begründung zu § 14 prPVG: „Die öffentliche Ordnung bedeutet den Inbegriff der Normen, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Miteinanderleben der innerhalb eines Polizeibezirks wohnenden Menschen angesehen wird. Zur öffentlichen Ordnung gehört insbesondere auch die Sorge für die Leichtigkeit des Verkehrs“. ¹⁾

Über die von der öffentlichen Sicherheit umfaßten förmlich gesetzten Normen hinaus hat das Gesetz also einen Bereich anerkannt, in dem ungeschriebene Gesetze in einem so hohen Maße ein bestimmtes Verhalten fordern, daß jeder Verstoß gegen diese Forderung durch einen polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Eingriff verhindert werden kann. Daß sich der Bereich der geschützten Rechtsgüter über den durch die förmlichen Normen gezogenen Rahmen hinaus entwickeln kann, bedeutet nicht auch, daß diese Entwicklung gegen die Normen geschehen könne. Es wird also niemals das geschützt, was gesetzlich verboten ist ²⁾, oder das, was gesetzlich ausdrücklich erlaubt und dadurch als zur öffentlichen Ordnung gehörig anerkannt ist, nach ungeschriebenen Vorschriften von diesem Schutz ausgenommen.

Die Unterscheidung zwischen öffentlicher Sicherheit und öffentlicher Ordnung hat heute keine besondere Bedeutung mehr. Sie wurde eingeführt in das prPVG, um die Aufteilung der gefahrenabwehrenden Behörden in Sicherheits- und Ordnungspolizei zu erreichen ³⁾. Heute bekämpfen sowohl Polizei als auch Ordnungsbehörden gleichermaßen Gefahren für die öffentliche Sicherheit und für die öffentliche Ordnung.

Da es zu jeder Zeit unentbehrliche Voraussetzung für das Bestehen einer menschlichen Gesellschaft ist, daß die unter dem Begriff „öffentliche Sicherheit“ zusammengefaßten Rechtsgüter vom Staate geschützt werden, muß dieser Begriff als der engere aufgefaßt werden ⁴⁾. Jede Gefahr für die öffentliche Sicherheit ist daher immer auch eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, ohne daß aber umgekehrt das gleiche gälte. Da beide Begriffe stets alternativ nebeneinander gebraucht werden, ist eine vollkommen scharfe Trennung nicht erforderlich.

Die Anschauung darüber, was in ethischer und sozialer Hinsicht unentbehrliche Voraussetzung ist, um ein gedeihliches Beisammenleben der Menschen zu gewährleisten, ändert sich mit Zeit und Ort. Zeit: Man denke nur an die heute in Illustrierten und auf Reklamephotos dargestellten Badeschönheiten. Eine solche Darstellung des oft fast unbekleideten weiblichen Körpers würde vor fünfzig Jahren mit Sicherheit als „die

¹⁾ vgl. die eigenen Ausführungen oben auf S. 29.

²⁾ Drems-Wacke, S. 27.

³⁾ vgl. dazu die amtliche Begründung zu § 14 prPVG, bei Klausener-Kerstiens-Kempner, auf S. 105, die eine solche Benennung anregt.

⁴⁾ Müller-Heidelberg, S. 39 f.; Senger-Kurzmann, S. 39.

Grundfesten der Moral erschütternd“ gegolten haben. Heute nimmt sie jeder als selbstverständlich hin. Ort: Das patriotische Gefühl hat noch heute in Monarchien eine weit stärkere Bedeutung als in Demokratien. Eine Äußerung, die in England z. B. als ordnungsstörende Majestätsbeleidigung empfunden würde, könnte in Deutschland durchaus als sachliche Kritik am Staatsoberhaupt gelten. Die Abhängigkeit des Umfangs der öffentlichen Ordnung von Zeit und Ort ist hier die gleiche wie bei der Frage, welcher Grad von Empfindlichkeit gegenüber Verletzungen bei einem bestimmten Rechtsgut als normal zu gelten habe¹⁾.

Es muß allgemeiner Ansicht, d. h. der Auffassung der überwiegenden Mehrheit der Bevölkerung, entsprechen, daß ein bestimmtes Verhalten von der öffentlichen Ordnung gefordert werde und daß dieses Verhalten eine unerläßliche, nicht etwa nebensächliche Voraussetzung für die Existenz der menschlichen Gesellschaft sei²⁾. Die Meinung einer einzelnen Gruppe von Menschen ist unerheblich.

Nach alledem kann kein endgültiger Katalog dessen aufgestellt werden, was Bestandteil der öffentlichen Ordnung ist, sondern nur im Einzelfall entschieden werden, ob hier und jetzt die öffentliche Ordnung durch einen bestimmten Vorgang bedroht wird. Als Beispiele für das, was heute als unerläßliche Voraussetzung des Gemeinschaftslebens betrachtet werden muß, ließen sich anführen: die ungestörte Ausübung der Religion und die Freiheit der religiösen Überzeugung des Einzelnen, die Ruhe der Toten, die allgemeingültigen Auffassungen über Sitte und Sittlichkeit (die, wie bereits dargestellt, starken Veränderungen unterliegen), die richtige Kennzeichnung von Personen und Orten, sowie vor allem die ungestörte Ausübung der verfassungsmäßig garantierten Rechte des Staatsbürgers³⁾.

§ 4 Die Verteilung der Gefahrenabwehr auf verschiedene Behörden und ihre Auswirkung auf den Gefahrenbegriff

a) *Historisches*

aa) Sicherheits- und Verwaltungspolizei

In § 1 ist die geschichtliche Entwicklung der Auffassungen über den Kreis „polizeilicher“ Tätigkeit in kurzen Zügen skizziert worden. Als Ergebnis wurde gefunden, daß die Entwicklung mit der Erkenntnis schloß, die Polizei habe zur Aufgabe nur die Gefahrenabwehr im Gegensatz zur Wohlfahrtspflege. Eine weitere Differenzierung fand nicht statt. Daher wurde bis zum Ende des zweiten Weltkrieges der Teil der staatlichen Organe, der sich mit der Gefahrenabwehr befaßte, einheitlich als „Polizei“

¹⁾ vgl. *Drems-Lassar*, S. 23.

²⁾ Hierzu: *Drems-Wacke*, S. 26 f.; *Senger-Kurzmann*, S. 41 f.; BadWürtVGH in VerwRspr 9, S. 228: Hier ist ausgeführt, daß die öffentliche Aufstellung eines Präservativautomaten, die in einer Großstadt u. U. völlig unbedenklich ist, in einer Kleinstadt eine Gefahr für die öffentliche Ordnung bedeutet und damit die Abhängigkeit des Begriffs öffentliche Ordnung von dem jeweiligen Ort, auf den er bezogen werden soll, demonstriert.

³⁾ vgl. die Beispiele bei *Drems-Wacke*, S. 27 ff.; *Friedrichs*, S. 58 ff.; *Senger-Kurzmann*, S. 44; *Rietdorf*, S. 32 f.; Entscheidung des PrOVG vom 25. April 1929 in PrVBl 1929/30, S. 134; das OVG Münster hat in DOV 55, S. 92, einen Bescheid erteilt, demzufolge der Betrieb eines Bordells gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

bezeichnet¹⁾. Eine solche Einheitlichkeit ließ sich bei den polizeilichen Funktionen²⁾ jedoch nicht durchführen. Vielmehr erwies es sich als notwendig, bestimmte Teilgebiete der Abwehr von Gefahren fachlich besonders geschulten Kräften anzuvertrauen, die in der Lage waren, die auf diesen Spezialgebieten auftauchenden besonderen Probleme zu lösen³⁾. So entwickelte sich allmählich die sog. „Verwaltungspolizei“ im Gegensatz zur „Sicherheitspolizei“⁴⁾. Beide Begriffe kennzeichneten aber nur je verschiedene polizeiliche Funktionen, die Einheitlichkeit der Verwaltungsorganisation blieb gewahrt⁵⁾.

Die⁶⁾ Tatsache, daß es eine begriffliche Trennung der verwaltungs- und sicherheitspolizeilichen Funktionen nicht gab und nicht geben konnte, wird dadurch verdeutlicht, daß eine positivrechtliche Abgrenzung entweder gar nicht bestand oder nur kurzfristige Gültigkeit hatte und bald vom Stand der wissenschaftlichen Forschung überholt war. So legte schon im Jahre 1812 eine preußische Kabinettsorder⁷⁾ fest, daß zur Sicherheitspolizei gehöre „die Aufsicht über die innere Ruhe des Staates, auf verdächtige Fremde, auf das Paßwesen, ingleichen die Obsorge für die Sicherheit des Lebens, der Freiheit und des Eigentums gegen Gewalt und List“. Die Wissenschaft wollte dagegen die sicherheitspolizeiliche Aufgabe in der Abwehr von Gefahren sehen, die aus „dem bösen und unvollkommenen Willen von Menschen“ drohen⁸⁾. In Wirklichkeit läßt sich aber m. E. für keinen Zeitpunkt eine erschöpfende Aufteilung der Gebiete, die beiden Funktionen zustehen, vornehmen. Ausgegangen werden muß und wurde vielmehr immer von der Ursache, die zu der Funktionstrennung geführt hatte. Demgemäß war Sicherheitspolizei all das, was nicht zu seiner Erledigung besonderer Fachkenntnisse auf irgendeinem Gebiete — z. B. technischer, medizinischer, juristischer Art — bedurfte, während alle Gebiete der Gefahrenabwehr, die eine solche Kenntnis erforderten, der Verwaltungspolizei zufielen. So entstand die Baupolizei, die Gewerbe- polizei, die Gesundheitspolizei (!), die Veterinärpolizei, die Wegepolizei u. a. m.⁹⁾.

Der von der VO über die sachliche Zuständigkeit der staatlichen Polizeiverwaltung in Preußen¹⁰⁾ aufgestellte Katalog enthält in § 1 als

1) Polizei im formellen Sinne, vgl. *Rasch*, S. 108.

2) Polizei im materiellen Sinne, *Rasch*, aaO.

3) *Pioch*, Nr. 76.

4) vgl. *Franzen*, S. 26 zu § 2 prPVG- der die Verwaltungspolizei als „unechte Sonderpolizei“ bezeichnet.

5) vgl. Rd.Erlaß des SchlH MdI betr. Fortgeltung und Anwendbarkeit des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931 und Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Polizei und Verwaltung, vom 8. März 1949 (Amtsblatt SchlH, S. 130), Bemerkungen vor I 1; *Franzen*, aaO.; *Pioch*, Nr. 111 a. E.

6) Von *Dreows-Wacke*, S. 229, hervorgehoben.

7) Vom 24. April 1812, GS S. 43.

8) vgl. *Dreows-Wacke*, S. 229; noch *Franzen*, S. 26 zu § 2 prPVG gibt diese Auffassung (im Jahre 1932!) nur zögernd auf.

9) vgl. *Wolff*, Die Problematik der Verteilung, S. 53 f.

10) Vom 31. März 1938, GS S. 54.

Aufgaben der Gemeindepolizeiverwaltungen bereits fast alle Funktionen, die heute üblicherweise den Ordnungsbehörden zugewiesen werden¹⁾).

bb) Die Abtrennung der Verwaltungspolizei.

Bis zum Jahre 1945 änderte sich durch die Erfahrungen der Praxis in mancherlei Beziehung die Auffassung über das, was zum Tätigkeitsbereich der Verwaltungspolizei im Gegensatz zu dem der Sicherheitspolizei gehörte, nicht aber die Einheitlichkeit beider Funktionen des Staates unter der Bezeichnung „Polizei“, wenngleich in Großstädten diese Funktionen auf verschiedene Behörden verteilt waren; gewissermaßen eine Vorstufe der heutigen Aufteilung. Nach dem Ende des zweiten Weltkrieges trugen dann aber die Besatzungsmächte ihre eigenen Ansichten über die Polizeiorganisation in die deutsche Rechtsordnung. Aus dem Wunsche heraus, die Möglichkeit staatlicher Aufsicht und staatlichen Zwanges sowie die Befugnisse und den Begriff der für die Alliierten mit der jüngsten Vergangenheit unliebsam verknüpften „Polizei“ so weit wie möglich einzuschränken, entstand der Zug zur sog. „Entpolizeilichung“²⁾. Durchweg wurde jetzt die bisherige verwaltungspolizeiliche Tätigkeit nicht nur funktionell, sondern auch organisatorisch von der „Polizei“ im neuen Sinne getrennt und die diesbezüglichen Aufgaben den Verwaltungsbehörden übertragen³⁾.

In der amerikanischen Zone geschah das durch Titel 9, Ziffer 235 der Vorschriften der Militärregierung über öffentliches Sicherheitswesen⁴⁾.

Die britische Militärregierung erließ zum gleichen Zwecke die VO 135, Deutsche Polizei⁵⁾ und die Instruktion betr. die Reorganisation des deutschen Polizeisystems⁶⁾.

In der französischen Zone wurde eine so weitgehende Abtrennung der Verwaltungspolizei nicht vorgenommen, da das Polizeirecht Frankreichs selbst zentralistisch aufgebaut ist.

Dieser mit dem Zusammenbruch eingeleitete Prozeß hat dazu geführt, daß heute in fast allen Ländern der Bundesrepublik die ehemalige Verwaltungspolizei verselbständigt ist und in keinem Zusammenhang mehr die Bezeichnung Polizei trägt. Die einzige Ausnahme stellt Rheinland-Pfalz dar. Hier hat das neue PVG am Aufbau des alten prPVG festgehalten und macht zum eigentlichen Träger der Polizeigewalt die Verwaltungspolizei⁷⁾.

¹⁾ Es seien nur angeführt die Ziffern: 1. Baupolizei, 2. Feld- und Forstpolizei, 3. Naturschutz, 4. Feuerpolizei, soweit sie zum Bereich der Baupolizei gehört, und Feuerlöschpolizei . . . , 8. Lebensmittelpolizei usw. Zum Unterschied von der heute üblichen Regelung wird in § 3 die generelle Zuständigkeit der staatlichen Polizeibehörden dadurch begründet, daß ihnen alle übrigen, nicht aufgezählten Aufgaben zufallen. Vgl. auch *Wolff*, Problematik, S. 50 f.

²⁾ vgl. *Kaufmann*, S. 181.

³⁾ *Enderling*, im Handbuch, S. 667; *Scupin*, im Handbuch, S. 608; *Wormit*, in DVBl 1949, S. 343.

⁴⁾ Vom Mai 1945, i. d. F. vom 22. Mai 1947, abgedruckt bei *Pioch*, Anlage Nr. 7 a, S. 205.

⁵⁾ Abgedruckt bei *Trubel*, S. 123 ff.

⁶⁾ Vom 25. September 1945, abgedruckt bei *Trubel*, S. 130 ff.; vgl. *Senger-Kurzmann*, S. 2.

⁷⁾ Eine Auswirkung der erwähnten Einstellung der französischen Besatzungsbehörden gegenüber einem zentralistischen Staatsaufbau. Vgl. zu der rhld.-pf. Regelung: *Enderling*, im Handb., S. 667 f.; *Altmeyer-De Clerck*, S. 154; § 1 der VO RhLPf über die Zuständigkeit der ordentlichen Polizeibehörden, vom 28. September 1954 (GVBl RhLPf S. 113); Rd.Erl

Somit wird heute in aller Regel der Teil der Staatsgewalt, der sich mit der Abwehr von Gefahren befaßt, von verschiedenen Behörden wahrgenommen. Es taucht die Frage auf, ob mit dieser Verteilung der Gefahrenabwehr auch eine Zweigleisigkeit des Gefahrenbegriffs einhergeht¹⁾. Dabei ist jedoch festzuhalten, daß der allgemeine Begriff der polizeirechtlichen Gefahr, soweit er bisher entwickelt wurde, seine Geltung sowohl für die Exekutivpolizei als auch für die Ordnungsbehörden behalten hat.

Da die Verteilung der Aufgaben nicht vom Begrifflichen, sondern vom Tatsächlichen ausgeht, kann eine besondere Färbung des Gefahrenbegriffs, je nachdem, ob die Polizei- oder die Verwaltungsbehörden eingreifen, auch nur vom Tatsächlichen her erfolgen. Bei der folgenden Untersuchung ist daher von der gesetzlichen Aufgabenverteilung auszugehen und festzustellen, inwieweit sich eine spezifische Situation beim Eingreifen der Polizei bzw. bei einem Vorgehen der Ordnungsbehörden ergibt.

b) Allgemeine Grundsätze der Aufgabenverteilung

Die Betrachtung der einzelnen Gesetze zeigt, daß sich ein für alle Länder der Bundesrepublik gültiges Schema, nach dem die Verteilung der gefahrenabwehrenden Tätigkeit des Staates vor sich ginge, nicht aufstellen läßt. Es bestehen z. T. recht erhebliche Abweichungen, die sich meistens auf die traditionell überkommenen unterschiedlichen Vorstellungen von den durch die Verwaltung wahrzunehmenden Aufgabenbereichen zurückführen lassen²⁾. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß die Bedeutung der polizeilichen Generalklauseln stark abgenommen hat³⁾. Auf fast allen Gebieten, auf denen Gefahren entstehen können, ist heute eine Fülle von Spezialvorschriften erlassen worden, in denen typische Einzelsituationen geregelt sind. Infolgedessen wird eine Aufgabenzuweisung auch nicht nur durch die auf die Generalklausel zugeschnittenen allgemeinen Bestimmungen vorgenommen, sondern daneben und oft hauptsächlich in den Sondervorschriften⁴⁾, auf die hier aber nicht eingegangen zu werden braucht⁵⁾.

Ist somit zwar keine ländereinheitliche Regelung getroffen worden, so lassen sich doch gewisse gemeinsame Grundsätze feststellen, nach denen die Aufgabenverteilung zwischen Polizei und Ordnungsbehörden vorgenommen worden ist.

Die Länder gehen durchweg von den durch die Militärregierung erlassenen Bestimmungen aus, die daher allgemein als Grundlage der erfolgten

des rhld. pf. MdI, vom 1. August 1954 (MBlSp 747) über Aufbau und Organisation der staatlichen Polizeiverwaltungen und der Gendamerie, dessen Abschnitt A I (2) lautet: „Die staatlichen Polizeiverwaltungen gliedern sich in die Abteilungen: I Verwaltungs-polizei, II Ordnungspolizei, III Kriminalpolizei“. Vgl. auch Abschn. A II (1): „Die Ver-walt.pol. ist der eigtl. Aufgabenträger der Polizei“. Vgl. auch die Anlagen zu § 75 PVG RHPf, lit. a und b; *Altmeyer-De Clerck*, S. 47 f.

¹⁾ vgl. *Scupin*, im Handbuch, S. 610 f., der diese Frage verneint.

²⁾ So besonders in Bayern, das seine Eigenständigkeit, auch im Polizeirecht, ausdrücklich betont. Vgl. die Abhandlung von *F. Mayer*, „Die Eigenständigkeit des bayerischen Ver-waltungsrechts, dargestellt an Bayerns Polizeirecht“.

³⁾ vgl. *Wolff*, Problematik, S. 50 u. 53; *Rietdorf*, Vorbemerkung, S. XI.

⁴⁾ s. *Enderling*, im Handbuch, S. 679.

⁵⁾ vgl. die obigen Bemerkungen zur Abgrenzung des Themas auf S. 1 ff.

Regelungen anzusehen sind. Art. I der britischen MRVO 135, Deutsche Polizei¹⁾, lautet: „... Die hauptsächlichen Aufgaben der Polizei sind der Schutz von Leben und Eigentum, die Aufrechterhaltung von Gesetz und Ordnung, die Verhütung von Straftaten und die Überstellung der Rechtsbrecher an die Gerichte. Für Zwecke, die mit diesen Aufgaben nicht notwendig verbunden oder in ihnen enthalten sind, darf die Polizei nicht verwendet werden“²⁾. Das würde bedeuten, daß alle Aufgaben der Gefahrenabwehr, die nicht von dieser Aufzählung umfaßt werden, in den Bereich der Verwaltungsbehörden fielen, wenn diese Anweisungen erschöpfend wären³⁾. Die MR-Bestimmungen lassen aber nicht nur den Teil polizeilicher Tätigkeit zu, in dem selbständig, auf Grund direkter Aufgabenzuweisung vorgegangen wird. Dann wäre der Aufgabenbereich der Polizei in der Tat schmal und gegenüber dem der Verwaltungsbehörden von untergeordneter Bedeutung. Die Verwaltungswirklichkeit sieht aber hier, wie oft, anders aus als die Theorie. Da die Tendenz dahingeht, auf fast allen Gebieten die Herbeiführung einer Gefahr durch Menschen mit Strafe oder Geldbuße zu bedrohen und die Polizei solche verbotenen Handlungen zu verhüten hat, wird damit ein weites Feld eröffnet, in dem sie selbständig tätig werden kann⁴⁾. Darüber hinaus aber verbleibt der Polizei der „subsidiäre“ Aufgabenbereich, nämlich der, in dem sie entweder nur dann eingreift, wenn die Verwaltungsbehörde dazu nicht rechtzeitig in der Lage ist, — sog. „Sofortmaßnahmen“ — oder im Rahmen der „Vollzugshilfe“ im weiteren Sinne vorgeht⁵⁾. Das Recht des ersten Zugriffs steht der Polizei immer dann zu, wenn eine Gefahrenlage so akut ist, daß mit einem Eingreifen ohne Rücksicht auf die sachliche Zuständigkeit nicht mehr gewartet werden darf. Das ist stets der Fall, wenn die zuständige Verwaltungsbehörde nicht so rechtzeitig gegen die Gefahr vorgehen kann, daß eine reibungslose Abwehr gewährleistet ist. Unter Vollzugshilfe im weiteren Sinne ist die Tätigkeit zu verstehen, die die Polizei auf Grund ihrer schlagkräftigen Organisation (Revierpolizei), ihrer ständigen Fühlungnahme mit den Gefahrenherden und ihrer speziellen Fähigkeit des Umgangs mit praktischen, nicht vom Büro aus zu erledigenden Problemen ausübt. Die Polizeibehörden leisten hier:

- aa) *Überwachungshilfe*, d. h., sie überprüfen von sich aus ständig ihren Zuständigkeitsbezirk auf die Entstehung von Gefahren und bekämpfen diese dann selbst oder erstatten Meldung an die evtl. zuständige Verwaltungsbehörde.
- bb) *Ermittlungshilfe*, d. h., sie greifen auf Ersuchen bei der Ermittlung von Gefahren helfend ein.

¹⁾ Abgedruckt bei Trubel, S. 123 ff.

²⁾ Fast gleichlautend: Titel 9, Ziff. 235 der Vorschriften der amerikanischen Militärregierung über öffentliches Sicherheitswesen vom Mai 1945, geändert am 22. Mai 1947, abgedruckt bei Piodt, Anlage 7 a; vgl. auch Ziff. 14 der britischen MR-Instruktion betr. Reorganisation des deutschen Polizeisystems, vom 25. September 1945, s. Trubel, S. 130 ff.; Galette, S. 278.

³⁾ vgl. an Literatur: Scupin, im Handbuch, S. 608; Gönnerwein, S. 183; Drews-Wacke, S. 235 f.; Kaufmann, S. 180.

⁴⁾ vgl. Wolff, Problematik, S. 56.

⁵⁾ vgl. Scupin, im Handbuch, S. 611; Wolff, VVdStRL, H. 9, S. 174.

- cc) *Vollzugshilfe* im engeren Sinne, worunter die Ausführung, vorzüglich von Zwangsmaßnahmen, zu verstehen ist, die die Verwaltungsbehörde angeordnet hat.
- dd) Sie gewähren den Beamten der Ordnungsbehörden *persönlichen Schutz* bei Ausübung ihrer Tätigkeit¹⁾.

Die Verteilung der Gefahrenabwehr zwischen Exekutivpolizei und Ordnungsbehörden ist also vor allem dadurch gekennzeichnet, daß die Exekutivpolizei entweder primär tätig wird oder subsidiär.

1. Die Polizei hat aus eigener Initiative die in der MRVO 135 zugewiesenen Aufgaben zu erledigen.
2. Sie darf darüber hinaus nur subsidiär eingreifen. Auf den nicht in der obigen Aufzählung enthaltenen Gebieten obliegt die Gefahrenabwehr in erster Linie den Verwaltungsbehörden. Sie haben die hier erforderlichen Maßnahmen zu planen und anzuordnen, während die Polizei nur Vollzugshilfe (im weiteren Sinne) leistet²⁾.

c) *Die konkrete Rechtslage in Nordrhein-Westfalen*

Die oben dargestellten Grundzüge der Aufgabenverteilung reichen nicht aus, um eine genaue Untersuchung der Auswirkung der Verteilung auf den Gefahrenbegriff vorzunehmen. Zu diesem Zwecke ist es vielmehr erforderlich, auf die gesetzliche Regelung eines Landes genauer einzugehen. Im folgenden soll daher eine kurze Darstellung der Verteilung der Gefahrenabwehr auf verschiedene Behörden in Nordrhein-Westfalen erfolgen, da hier genaue und übersichtliche positiv-rechtliche Regelungen bestehen, die für die Zwecke dieser Abhandlung besonders geeignet erscheinen³⁾,

¹⁾ vgl. dazu: *Enderling*, Handbuch, S. 677; *Wolff*, Problematik, S. 56 f.

²⁾ *Enderling*, im Handbuch, S. 668; „Die Aufgaben usw.“, S. 54.

³⁾ Über die in Frage kommenden Bestimmungen der übrigen Länder soll ein kurzer Überblick gegeben werden. Dabei ist einheitlich für die mit der Gefahrenabwehr betrauten Verwaltungsbehörden die Bezeichnung „Ordnungsbehörden“ verwandt worden, auch wenn das betr. Gesetz diesen Ausdruck nicht kennt.

I. *BadWü*: 1. Aufgabenzuweisung für Polizei und Ordnungsbehörden in § 1 i. V. m. § 47 PolGes BadWü.

2. Der Exekutivpolizei sind alle Verwaltungsaufgaben ohne Ausnahme genommen.

3. Literatur und sonstiges Material: *Riff*, S. 30, Anm. II 2, S. 167; Erl. des BadWü MdI an die Landespolizeidirektion Stuttgart, die Landratsämter und Bürgermeisterämter im Landesbezirk Württemberg über die Neuordnung der Polizei, vom 22. Dezember 1947 (Amtsbl. BadWü IM S. 17), Ziffer A I.

II. *Bayern*: 1. Aufgabenzuweisung: a) an Polizei: Art. 2 f. PAG; b) an Ordnungsbehörden: Art. 5 Abs. I S. 1 AGStPO, Art. 57 Abs. II GemO Bay vom 25. Januar 1952 (BayBS I, S. 461, berichtet GVBl 1958, S. 100).

2. Grundlage für Rechtseingriffe: a) für Polizei: Art. 4 ff., 14 ff. PAG; b) für Ordnungsbehörden: Art. 5 Abs. I S. 2, Abs. II AGStPO, Art. 26, 28, 34 Abs. II LStVG, Art. 16, 20 — 22 Pol StGB.

3. Aufgabenverteilung: Art. 7, 72, PAG i. V. m. § 1 BayVO über die Wahrnehmung von Aufgaben und Befugnissen der „Polizeibehörden“ durch die Polizei vom 13. März 1956 (GVBl, S. 63).

4. Die Polizei ist mit wenigen Ausnahmen auf den Vollzug beschränkt.

5. Literatur und sonstiges Material: *Emmerig*, S. 101; *Mayer*, S. 285 ff.; Entschl. des BayMdI betr. Vollzug des PAG, vom 5. November 1954 (MABl, S. 251); Entschl. des BayMdI vom 29. April 1955 über Wahrnehmung von Aufgaben der „Polizeibehörden“, Verwendung des Wortes „Polizei“ (MABl, S. 206).

III. *Hessen*: 1. Aufgabenzuweisung für beide Behörden durch §§ 1 ff. i. V. m. 58 PolGes Hess.

Nordrhein-Westfalen ist bisher das einzige Land der Bundesrepublik, das ein ausschließlich die Rechtsverhältnisse der Ordnungsbehörden regelndes Gesetz erlassen hat, das OBG. Für die Exekutivpolizei gilt das revidierte prPVG fort. Daneben steht das Polizeiorganisationsgesetz (POG). Diese drei Gesetze regeln das Nebeneinander und das Zusammenwirken von Polizei und Ordnungsbehörden erschöpfend. Beide Behörden haben die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren. Für die Polizei ist das festgelegt in § 14 PVG NRW, für die Ordnungsbehörden in § 1 OBG. Diese Gesetze enthalten auch gesonderte Bestimmungen über die Befugnisse der Behörden, Einzeleingriffe in Rechte von Zivilpersonen vorzunehmen. Dagegen hat der Gesetzgeber bei der Verteilung der Aufgaben einen anderen Weg eingeschlagen. POG und OBG enthalten nur Vorschriften darüber, welcher Teil der Gefahrenabwehr von den Polizeibehörden wahrgenommen wird. Daraus ist einmal der Schluß zu ziehen, daß auf diesen Gebieten die Ordnungsbehörden unzuständig sind und zum anderen, daß sie alle Aufgaben zu erledigen haben, die nicht ausdrücklich der Polizei übertragen worden sind¹⁾.

Die nordrheinwestfälische Regelung fußt auf den oben dargestellten Grundzügen. Sie weicht aber insofern von ihnen ab, als die Beschränkung der Polizei auf die reinen Exekutivaufgaben nicht restlos durchgeführt worden ist. Da die in §§ 12 und 13 POG getroffene Unterscheidung zwischen Kreis- und Landespolizeibehörden für die vorliegende Arbeit ohne Bedeutung ist, soll im weiteren einheitlich nur von Polizeibehörden im Gegensatz zu Ordnungsbehörden gesprochen werden.

Die §§ 12 und 13 POG weisen der Polizei zunächst zur selbständigen Erledigung die auch in der MRVO 135 enthaltenen Aufgaben zu.

2. Grundlage für Einzeleingriffe in Rechte: §§ 16 ff. PolGes Hess.

3. Aufgabenverteilung: § 58 PolGes. Hess.

4. Literatur: Enderling, im Handbuch, S. 681.

IV. Niedersachsen: 1. Aufgabenzuweisung für beide Behörden durch § 1 SOG.

2. Grundlage für Einzeleingriffe: §§ 3 ff. SOG.

3. Aufgabenverteilung: § 2 SOG.

4. Die Polizei ist auf die reine Exekutive beschränkt.

5. Literatur und sonstiges Material: Müller-Heidelberg, S. 46 ff.; AB SOG zu § 2, Ziff. 1; RdErl. des Nds. MdI betr. Tätigkeit der Ordnungsbehörden und ihre Zusammenarbeit mit der Polizei, vom 18. August 1949 (Amtsbl. Nds., S. 390); Ziff. I, 2, 3; nach Ziff. I, 4 a. E.

V. Schleswig-Holstein: 1. Aufgabenzuweisung:

a) für Polizei: § 1 Abs. I, II PolGes SchlH;

b) für Ordnungsbehörden: § 14 prPVG i. V. m. §§ 4, 8 AmtsO SchlH, vom 17. Juni 1952 (GVBl S. 95); daneben § 1 Abs. III PolGes SchlH.

2. Aufgabenverteilung: Nur in Grundzügen festgelegt in den RdErl. en des SchlH MdI betr. Fortgeltung und Anwendbarkeit des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. Juni 1931, und Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Polizei- und Verwaltungsbehörden, vom 8. März 1949 (Amtsbl. SchlH S. 130) und vom 10. Februar 1951 (Amtsbl. SchlH S. 77). Vgl. außerdem § 19 POG SchlH.

3. Die Beschränkung der Polizei auf die Exekutive ist nicht lückenlos durchgeführt.

VI. Hamburg: 1. Aufgabenzuweisung: a) für Polizei § 1 PVG Hmb. b) für Ordnungsbehörden: § 14 prPVG. 2. Aufgabenverteilung: 1. VO über die Zuständigkeit der Polizei in der Hansestadt Hamburg, vom 29. November 1945 (GVBl 1946 S. 5), 2. VO, vom 13. September 1946 (GVBl S. 95). 3. Wie bei SchlH.

VII. Berlin: 1. Aufgabenzuweisung: für beide Behörden: § 14 PVG Bln.

2. Aufgabenverteilung: §§ 2, 3 PolZG.

3. Die Ordnungsaufgaben, die der Polizei verbleiben, sind festgelegt in § 13 der DVO zum PolZG, vom 7. Oktober 1958 (GVBl S. 969).

¹⁾ vgl. Senger-Kurzmann, S. 57.

Dieser Bereich ist gekennzeichnet als der, in dem zur „Verhütung und Verfolgung mit Strafe oder Geldbuße bedrohter Handlungen“ eingeschritten wird.

Daneben stehen jedoch „selbständig“ zu erledigende Aufgaben, die über den von den Besatzungsmächten gezogenen Rahmen hinausgehen. Es ist hier zu unterscheiden zwischen den Gebieten, auf denen die Polizei gefahrenabwehrend nur tätig werden darf, wenn ihr durch Gesetz oder Rechts-VO diese Aufgabe besonders zugewiesen worden ist und denen, auf denen sie ohne weiteres zuständig ist.

aa) Die Polizei darf tätig werden, sofern sie durch Gesetz oder Rechtsverordnung dazu ermächtigt wird, auf den Gebieten:

aaa) des *Versammlungswesens*: neben dem Bundesversammlungsgesetz vom 24. Juli 1953 (RGBl I, S. 684) ist hier der § 1 Abs. II, III der NRW-DVO zu diesem Gesetz vom 1. Juni 1954 (GVBl NRW S. 157) von Bedeutung;

bbb) des *Sprengstoffwesens*: hier sind im wesentlichen zu beachten das Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen, vom 9. Juni 1884 (RGBl S. 61) in der Fassung vom 8. August 1941 (RGBl I, S. 531); § 311 der PolVO NRW über den Verkehr mit Sprengstoffen, vom 27. Oktober 1950 (GVBl S. 182), in der Fassung vom 6. Januar 1953 (GVBl S. 114); sowie §§ 2, 29 der PolVO über die Errichtung und den Betrieb von Sprengstofflagern, vom 17. November 1932 (GS, S. 362);

ccc) des *Waffen- und Munitionswesens*: Beachte hier das WaffenGes vom 18. März 1938 (RGBl S. 265) und die Bemerkungen zu den §§ 5 Abs. II, lit. i; 7 Abs. II; 11; 12 Nr. 6; 13 Abs. II; 14 Abs. I; 17; 23 Abs. I, II; 24 lit. a WaffenGes in dem gemeinsamen Rd.Erl. der MdI und MfWi u. Verk. NRW, vom 31. Juli 1955 (MBI, S. 1489).

bb) Die Polizei darf ohne weiteres eingreifen auf den Gebieten:

aaa) der *Überwachung des Straßenverkehrs* und des *Wasserstraßenverkehrs*: vgl. VV POG vom 24. September 1953 (MBI NRW, S. 1573) Ziff. 2, zu § 13;

bbb) des *Vereinswesens*: NRW-VO über die Zuständigkeit zur Auflösung verbotener Vereinigungen, vom 3. Juli 1951 (GVBl. S. 79); Rd.Erl. des MdI NRW vom 3. Juli 1951, betr. Maßnahmen gegen verbotene Vereinigungen (MBI S. 737);

ccc) des *Pressewesens*: hier sind besonders zu beachten das Reichsgesetz über die Presse, vom 7. Mai 1874 (RGBl S. 65) und das Gesetz Nr. 5 über die Presse, die Berichterstattung und die Unterhaltungsstätten, vom 21. September 1949 (Amtsbl. AHK S. 7).

Neben den Aufgaben, die die Polizeibehörden in primärer Zuständigkeit zu erledigen haben, stehen die „subsidiären“ Tätigkeiten, die in den §§ 15 und 17 POG und 2 OBG geregelt sind. Danach hat die Polizei, wie in aller Regel, so auch in NRW, die notwendigen unaufschiebbaren Maßnahmen zu treffen (§§ 2 OBG; 15 POG). VV POG, Ziff. 1, zu § 15, spricht

ausdrücklich vom Recht des ersten Zugriffs; das POG selbst sagt in § 15, daß die Polizei bei „unmittelbar bevorstehender Gefahr“ die notwendigen Maßnahmen ohne Rücksicht auf die sachliche Zuständigkeit zu treffen habe. Es muß hier also ein Fall der Dringlichkeit vorliegen, den die Polizei auf Grund ihrer besonderen Eigenschaften besser meistern kann als die Ordnungsbehörde, die wahrscheinlich zu spät kommen würde, um die Abwehr der Gefahr mit Sicherheit zu erreichen.

Die Polizeibehörden haben ferner Vollzugshilfe nach den gesetzlichen Vorschriften zu leisten (§ 2 OBG). Die wichtigste dieser gesetzlichen Vorschriften ist § 17 POG. Was hiernach unter Vollzugshilfe zu verstehen ist, sagt VV POG, Ziff. 1a, zu § 17, nämlich:

Ermittlungshilfe zur Feststellung von Gefahren *an Ort und Stelle*,
Vollzug von Anordnungen der Ordnungsbehörden¹⁾.

Die zuletzt behandelten subsidiären Tätigkeiten lassen den Grundcharakter der Polizei als bloße Exekutivbehörde unberührt, da sie von der Polizei ja gerade auf Grund ihrer spezifischen Eigenart durchgeführt werden; ja, sie dienen sogar zur Bestätigung dieses Charakters. Anders könnte es sein mit den selbständig zu erledigenden Aufgaben, die eigentlich in den ordnungsbehördlichen Bereich fallen. Die Zuweisung solcher Tätigkeiten legt den Schluß nahe, daß zwischen Polizei und Ordnungsbehörden im Grunde kein wesensmäßiger Unterschied bestehe, da ja beide auf Gebieten tätig werden, die Verwaltungsarbeit erfordern. Damit müßte aber die Abtrennung der Verwaltungspolizei de facto als nicht vollzogen angesehen werden. Den Schlüssel zum Verständnis dieser scheinbaren Diskrepanz zeigt schon eine genaue Betrachtung der von den Polizeibehörden wahrzunehmenden Verwaltungsaufgaben. Es handelt sich hier nämlich durchweg um Tätigkeiten, die, wie im Versammlungswesen, einen ständigen Kontakt mit den stets in der Außenwelt auftretenden Gefahrenherden erfordern. Solche Tätigkeiten aber entsprechen dem Wesen der Polizei. Es lag daher nahe, der Behörde, die die Überwachung vornimmt, auch die verwaltungsmäßige Erledigung zu übertragen.

Daß aber der Gesetzgeber sich darüber im klaren war, hier den Exekutivcharakter der Polizei zu durchbrechen, geht vor allem aus § 12 Abs. 3 POG hervor, der besagt, daß die Kreispolizeibehörden „innerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit Verwaltungen im Sinne des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952 (BGBl I, S. 177) sind“.²⁾ Wenn auch hier nur ein Gesetz genannt ist, so läßt sich doch daraus der Schluß ziehen, daß die Polizei da, wo sie eigentliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt eben „wie eine Ordnungsbehörde“ tätig wird. Eine solche Durchbrechung des allgemeinen Satzes, daß die Polizei lediglich Exekutivbehörde sei, kann daher ihren eigenständigen Charakter nicht verändern. Auch hier scheint mir die Übertragung gerade dieser Verwaltungsaufgaben nur eine Bestätigung der polizeilichen Eigenart zu sein.

¹⁾ vgl. S. 34 der amtlichen Begründung zu dem von der Landesregierung NRW am 7. September 1954 verabschiedeten Entwurf eines Gesetzes über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden (Drucksache des Landtags NRW Nr. 6, vom 9. September 1954).

²⁾ Die Polizeibehörden sind davon unabhängig stets Verwaltungsbehörden im Sinne des § 25 Abs. 2 MRVO 165.

Den Ordnungsbehörden verbleiben alle anderen, nicht ausdrücklich den Polizeibehörden zugewiesenen Aufgaben. Da diese Aufgaben immer im Rahmen der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bleiben und auch die — lediglich näher beschriebenen — Funktionen der Polizei in diesem Rahmen liegen, können Überschneidungen der Zuständigkeitsbereiche beider Behörden stattfinden; es gibt also Bereiche der Gefahrenabwehr, in denen sowohl Exekutivpolizei als auch Ordnungsbehörden zuständig sind¹⁾. Am wichtigsten von diesen Überschneidungsgebieten ist das, in dem die Polizei zur Verhütung mit Strafe oder Geldbuße bedrohter Handlungen tätig wird. Da eine strafbare Handlung immer auch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt, ist gleichzeitig die ordnungsbehördliche Zuständigkeit begründet, die auch nicht durch Spezialdelegation an die Polizei ausgeschaltet wäre, da diese ja nur einschreitet zur Verhütung und Bekämpfung der strafbaren Handlung als solcher ohne Rücksicht auf die sonstigen Eigenschaften des dadurch herbeigeführten Zustandes²⁾.

Eine erschöpfende Aufzählung der Tätigkeitsbereiche, die nach diesem Verteilungsmodus den Ordnungsbehörden zufallen, läßt sich wegen des großen Umfangs nicht vornehmen. Es kann sich m. E. auch gar nicht um eine bestimmbare Zahl von Aufgaben handeln. Da von den Ordnungsbehörden alle Gefahren abzuwehren sind, deren Bekämpfung nicht ausdrücklich der Polizei übertragen worden ist, verbleibt ihnen der unbestimmte Kreis der Lebensgebiete, auf denen auch unvorhergesehener Weise Gefahren auftauchen können³⁾. Um welche Gebiete es sich dabei handeln kann, zeigt in knappen Umrissen § 55 OBG, der die neuen Bezeichnungen der früheren Verwaltungspolizeibehörden festlegt. Einen genaueren Überblick bietet das „Verzeichnis der Aufgaben und Rechtsgrundlagen“ der Ordnungsbehörden, das von der „Kommunalen Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung“ in Köln herausgegeben worden ist. Von den dort aufgeführten Tätigkeiten sollen einige besonders prägnante Beispiele herausgegriffen werden, in denen Aufgaben der Ordnungsbehörden durch Spezialvorschriften fixiert sind.

aa) § 27 *GerVO*: Untersagung von Anlagen, deren Betrieb mit ungewöhnlichem Geräusch verbunden ist, in der Nähe von Schulen, Kirchen oder ähnlichen Gebäuden.

¹⁾ Eine Tatsache, die organisationsrechtlich wahrscheinlich unerwünscht ist (vgl. *Wolff*, Problematik, S. 55), die aber m. E. nur dazu beitragen kann, eine lückenlose Gefahrenabwehr zu gewährleisten. Konkurrierende Zuständigkeit in seltenen Fällen scheint mir auf einem so wichtigen Gebiet erträglicher zu sein, als Unzuständigkeit aller Behörden.

²⁾ vgl. dazu *Rietdorf*, S. 40; *Wolff*, Problematik, S. 56; *OVGE* 9, S. 90. An dieser Stelle mag es bei dem bloßen Hinweis auf diesen Fall konkurrierender Zuständigkeit bewenden. Im folgenden wird sich aber zeigen, daß gerade hier ein Ansatzpunkt zum Verständnis des Verhältnisses der beiden staatlichen Organe zueinander liegt.

³⁾ Es sei darauf hingewiesen, daß es sich hier um die Erörterung der Aufgabenverteilung handelt, wie sie de iure vorgenommen wurde. Die Frage, ob nicht die Polizei de facto in fast allen Fällen gefahrenabwehrend tätig werden kann, ist hier nicht zu beantworten. Lediglich die bereits oben hervorgehobene Ausweitung der „revierpolizeilichen“ Tätigkeit durch die Übertragung der Verhütung mit Strafe bedrohter Handlungen soll herausgestellt werden und die Tatsache, daß die Fälle, in denen das Recht des ersten Zugriffs ausgeübt werden muß, ebenfalls ungezählt sind.

Bedeutung: Bekämpfung gesundheitsgefährdenden Lärms. Vgl. z. B. auch die Hmb. PolVO zur Bekämpfung gesundheitsgefährdenden Lärms vom 15. November 1955 (GVBl S. 331) i. d. Fassung vom 2. Oktober 1956 (GVBl. S. 455).

bb) § 42 b Abs. III, S. 2 i. V. m. §§ 57 Abs. I, II, III; 57 b, Ziff. 2 u. 3 GewO: Untersagung eines Gewerbebetriebs.

Bedeutung: Abwehr von Gefahren für Gesundheit, Staatssicherheit, Leben und Eigentum sowie die öffentliche Ordnung (§ 57 Abs. I Ziff. 4).

cc) § 106 Abs. II GewO: Ordnungsbehördliche Erzwingung der Entlassung von unter 18 Jahre alten Arbeitern, die der Anleitung von Personen unterstehen, denen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind.

Bedeutung: Abwehr von Gefahren für die sittliche Entwicklung und Erziehung Minderjähriger und damit für die öffentliche Ordnung.

dd) § 120 d GewO: Erlaß von Verfügungen zur Gewährleistung der Betriebssicherheit, von Sitte und Anstand und der Gesundheit und sittlichen Entwicklung von Jugendlichen unter 18 Jahren.

In der Gewerbeordnung ist die zuständige Behörde noch als „Polizei“ bezeichnet. Zuständig sind jedoch die Gewerbeaufsichtsämter¹⁾. Es sei aber darauf hingewiesen, daß die Gewerbeordnung in den §§ 143 ff. eine Reihe von Strafbestimmungen enthält, die ein Eingreifen auch der Exekutivpolizei in vielen Fällen rechtfertigen.

ee) §§ 18 ff. ViehseuchenGes.: Besondere Rechtseingriffe zur Bekämpfung einer Seuchengefahr.

Bedeutung: Abwehr von Gefahren für das Eigentum, z. T. auch für die menschliche Gesundheit (soweit es sich um auf Menschen übertragbare Krankheiten handelt), Sicherstellung der menschlichen Ernährung und damit Schutz der öffentlichen Sicherheit.

ff) § 39 f. ViehseuchenGes.: Anordnung der Tötung tollwutkranker Tiere und der Festlegung der im gefährdeten Umkreis befindlichen nichtkranken Tiere.

Bedeutung: Schutz des Eigentums hat untergeordnete Bedeutung neben dem Schutz von Leben und Gesundheit der Menschen und damit der öffentlichen Sicherheit.

gg) §§ 3 StVLO; 4 StVG: Entziehung der Fahrerlaubnis, Untersagung des Führens von Fahrzeugen oder Tieren.

Bedeutung: Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen sowie das Eigentum, Sicherung der Flüssigkeit des Straßenverkehrs (nach moderner Auffassung also in jedem Falle Schutz der öffentlichen Sicherheit).

hh) § 8 Paßgesetz: Entziehung eines Passes aus den Gründen des § 7 PaßGes.

¹⁾ S. VO v. 18. Juni 1957 (GVBl NW, S. 171) § 1 I c.

Bedeutung: Sicherung des Staates (öffentliche Sicherheit) und der öffentlichen Ordnung¹⁾.

d) *Ergebnis: Die spezifische Situation bei der „exekutivpolizeilichen“ bzw. bei der „ordnungsbehördlichen“ Gefahr*

Aus der im vorhergehenden dargestellten Verteilung der Gefahrenabwehr auf verschiedene Behörden in NRW geht hervor, worin das Wesensmerkmal der Gefahren, die die Exekutivpolizei abzuwehren hat, im Gegensatz zu denen besteht, die von den Ordnungsbehörden bekämpft werden. Eine schematische Gegenüberstellung der beiden Aufgabenkreise mag das verdeutlichen:

Polizei

a) Selbständig wahrzunehmende Aufgaben: Verhütung mit Strafe bedrohter Handlungen und solche Verwaltungsaufgaben, die eine Tätigkeit in der Außenwelt erfordern²⁾.

Ordnungsbehörden

Aufgaben, die nur in beschränktem Maße ein Tätigwerden im außerbürolichen Bereich notwendig machen.

b) Vollzugshilfe i. w. S.

Diese Gegenüberstellung zeigt, daß der wesensmäßige Unterschied der Gefahrensituationen, die die beiden Behörden jeweils zu bekämpfen haben, in den Mitteln liegt, die zur Abwehr dieser Gefahren angewandt werden. Hans J. Wolff³⁾ spricht hier von den verschiedenen Techniken und unterscheidet die „bürokratische“ und die „exekutivische“ Technik, je nachdem auf welchem Gebiet der Schwerpunkt der Tätigkeit der betreffenden Behörde liegt. Die Polizeibehörden verfügen über einen ganz auf die unmittelbare Bekämpfung von Gefahren abgestellten Apparat. Sie sind in ständiger Fühlungnahme mit den evtl. Gefahrenherden. Ihre Technik ist daher die des Beobachtens, des Verbeugens, des auf Grund einer besonderen Vertrautheit mit den in ihrem Bezirk bestehenden Verhältnissen erfolgenden Überwachens und des schnellen, unmittelbaren Zugreifens an Ort und Stelle. Besonders die letztere Eigenschaft, basierend auf einer speziell für diesen Zweck geschulten Beamtenschaft, ist es, die zum Wesen der Polizei gehört: die unmittelbare örtliche Nähe der Gefahr, das ohne Zögern manu proprio vorgenommene Einschreiten und der unmittelbare Zwang, die praktische Verwirklichung der staatlichen Gewalt.

Demgegenüber bekämpft die Ordnungsbehörde die Gefahren ihres Aufgabenbereiches von weitem, vom Büro aus, mit ihren Mitteln. Diese Mittel sind auf verwaltungsmäßige Abwicklung ausgerichtet, auf schriftliches Vorgehen (durch Verfügung oder Verordnung), nicht auf praktisches

¹⁾ Strafbestimmungen sind enthalten in §§ 74 ff. ViehseuchenGes.; 71 StVZO; 21 ff. StVG; 12 PaßGes., vgl. auch die Beispiele bei Enderling, im Handbuch, S. 694; 698 f.; 708; 713; 719.

²⁾ Ferner die Sprengstoff-, Waffen- und Munitionspolizei.

³⁾ Problematik, S. 53, 55 und 57.

Eingreifen. Sie setzen im personellen Bereich besondere fachliche und juristische Kenntnisse voraus, die notwendig sind, um auf Spezialgebieten eine alle Fragen berücksichtigende Gefahrenbekämpfung zu ermöglichen¹⁾.

Hier zeigt sich ein zweites Unterscheidungsmerkmal, das freilich gegenüber dem ersten von untergeordneter Bedeutung ist. Dieses Merkmal liegt in den Fachgebieten, auf denen entweder die Polizei oder die Ordnungsbehörde eingreift. Ist im einen Falle ein schnelles, keine langen Untersuchungen erforderndes und duldendes Eingreifen notwendig, so zwingen andere Bereiche der Gefahrenabwehr zu genauen Entscheidungen, die nur auf Grund profunder Sachkenntnis getroffen werden können.

Beide Merkmale lassen sich erläutern an einem der bei Rietdorf²⁾ und Müller-Heidelberg³⁾ aufgeführten Beispiele⁴⁾:

An einer Ruine haben sich über Nacht Teile des Mauerwerks gelockert, die jetzt auf die vorübergehenden Passanten herabzustürzen drohen. Der Polizei obliegt hier das Recht des ersten Zugriffs. Für sie ist nur die akute Gefahr, die sofort beseitigt werden muß, maßgebend. Sie tut deshalb an Ort und Stelle alles Erforderliche, um die unmittelbare Bedrohung abzustellen. Dabei kann sie sich nicht auf lange Erörterungen über die Rechtslage einlassen. Dagegen obliegt es nach Beseitigung der akuten Gefahr der Bauaufsicht, die weiteren Maßnahmen zu ergreifen, um eine endgültige Beseitigung der Gefährdung herbeizuführen. Sie hat sich jetzt auf Grund ihrer Sachkenntnis mit den ganzen, gerade im Zusammenhang mit Ruinengrundstücken, auftauchenden schwierigen Rechtsfragen zu befassen. Sie trifft ihre Anordnung nicht mehr an Ort und Stelle und mündlich, sondern schriftlich und aus der Entfernung.

Die vorausgegangenen Erörterungen führen somit zu folgendem Ergebnis:

Der Unterschied zwischen der Gefahr, auf Grund derer die Ordnungsbehörden eingreifen, und der von den Polizeibehörden zu bekämpfenden Gefahr betrifft nicht das Wesen des allgemeinen Gefahrenbegriffs, sondern bezieht sich auf die regelmäßige, zum Eingreifen der einen oder der anderen Behörde veranlassende Gefahrensituation. Dieser Unterschied kommt zum Ausdruck in den Mitteln, die zur Abwehr der jeweiligen Gefahr angewandt werden. Erfordert die „polizeiliche Gefahrensituation“ ein sofortiges Eingreifen, Kenntnis der örtlichen Verhältnisse und unmittelbare Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt an Ort und Stelle, aber in der Regel keine genaueren fachlichen Spezialkenntnisse oder die Entscheidung schwieriger Rechtsfragen⁵⁾, so ist die „ordnungsbehördliche Gefahrensituation“ vom Büro aus bekämpfbar, macht eine Kenntnis der Ortsverhältnisse nur in geringerem Maße notwendig, verlangt aber fundiertes spezielles Fachwissen, die Beachtung oft nicht einfach zu handhabender Rechtsvorschriften und regelmäßig einen ausgedehnten Schriftverkehr.

¹⁾ Vgl. zum bisherigen: *Wormit*, Ordnungsaufgaben, S. 344; *Müller-Heidelberg*, S. 47.

²⁾ S. 41.

³⁾ S. 47.

⁴⁾ Vgl. auch die sonstigen Ausführungen zu diesem Thema bei *Müller-Heidelberg*, S. 46 ff.; *Rietdorf*, S. 39 ff.

⁵⁾ Ausgenommen z. B. das Gebiet der Ruinenpolizei.

Die Polizei hat also zwar ebenso wie die Ordnungsbehörden die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren und wird zum Teil sogar nach den gleichen Rechtsgrundlagen tätig, die Gefahrenlagen sind aber verschiedene, je nachdem, welche Behörde zuständig ist. Sowohl die spezifisch ordnungsbehördliche, als auch die Gefahrensituation, auf Grund derer die Exekutivpolizei tätig wird, unterfallen jedoch dem allgemeinen Gefahrenbegriff, wie er oben dargestellt wurde. Dieser Begriff ändert sich nicht dadurch, daß die Bekämpfungsmittel andere werden, wenn nur seine Merkmale erhalten bleiben.

Kapitel II:

Der allgemeine Gefahrenbegriff in den übrigen Gesetzen

§ 5: Die strafrechtliche Gefahr

a) Die unterschiedliche Verwendung des Gefahrenbegriffs im StGB

Im Gegensatz zum Polizeirecht ist die „Gefahr“ im Strafrecht nicht zu einem zentralen Begriff geworden in der Weise, daß ein feststehender Begriffsinhalt Gültigkeit für den gesamten Rechtskreis hätte. Das StGB verwendet den terminus vielmehr in unterschiedlicher Weise, ohne daß er dadurch aber an Wichtigkeit für das Strafrecht verlöre. Die Gefahr ist immer eine „drohende“, der Begriff wird also stets im technischen Sinne verwandt, nicht auch z. B. in dem für das BGB so bedeutsamen des Risikos bei der Gefahrtragung. Das heißt jedoch nicht, daß alle Bestimmungen des StGB, deren Tatbestand den Begriff enthält, in den Rahmen der vorliegenden Erörterung fallen. Es lassen sich nämlich Unterschiede anderer Art feststellen.

aa) Die meisten in Frage kommenden Vorschriften des StGB machen zur Voraussetzung einer Bestrafung, daß der Täter eine Gefahr herbeiführt. Es sind dies die sogenannten konkreten Gefährdungsdelikte¹⁾. Sie drücken das Erfordernis der Gefahrenerregung in verschiedenster Weise aus, wobei am häufigsten das verbum „gefährden“ gebraucht wird. Im einzelnen sind hier bedeutsam: §§ 100 a, b, c; 109 b, e, g; 130; 170 c, d; 317; 353 b („gefährden“); 249; 252; 255 („mit gegenwärtiger Gefahr“); 310 a („in Brandgefahr bringen“); 312; 313; 314 („mit gemeiner Gefahr“); 315 a („und dadurch eine Gemeingefahr herbeiführt“); 321 („Gefahr . . . herbeiführt“); 330; 367 Ziff. 12 („daß . . . für andere Gefahr entsteht“)²⁾.

Alle diese Bestimmungen knüpfen eine Rechtsfolge, nämlich eine Strafe oder eine Maßregel der Sicherung und Besserung, an die Handlung des Täters, durch die er die Gefahr herbeiführt. Wesentlich ist also in erster Linie diese Handlung, die Gefahr ist erst insofern bedeutsam, als ihre Entstehung die Handlung zu einer tatbestandsmäßigen macht.

bb) Folgt bei der ersten Gruppe die Gefahr auf die Handlung, so geht bei der zweiten Gruppe der gesetzliche Tatbestand von einer bereits existierenden Gefahr aus. Hier ist dann wieder zu unterscheiden, je nachdem, ob das Bestehen der Gefahr günstige oder ungünstige Folgen für den Betroffenen hat. Bei den §§ 52 und 54 StGB hat das Vorliegen einer „gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben“ die Folge, daß der Täter

¹⁾ Die abstrakten Gefährdungsdelikte enthalten die Gefahr nicht als Tatbestandsmerkmal.

²⁾ Vgl. auch die ähnliche Bestimmung des § 42 Abs. I („Gefährdung“).

straffrei bleibt. Dagegen normiert § 330 c StGB, daß eine Zivilperson bestraft wird, falls sie bei „gemeiner Gefahr“ nicht hilft.

Nach der in der Einleitung vorgenommenen Abgrenzung des Themas ist also nur § 330 c StGB hier von Bedeutung, da eine bestimmte Rechtsfolge an die vom Betroffenen unabhängige Existenz einer drohenden Gefahr geknüpft wird und diese Rechtsfolge eine ungünstige ist. Dabei ist zu beachten, daß für die vorliegende Untersuchung die Rechtsfolge nicht in der Strafe gesehen werden darf, die vom Richter, nicht aber durch das Gesetz konkret festgesetzt wird. Diese Strafe ist nämlich wieder an die Handlung — hier das Unterlassen — geknüpft. Aus der Gefahr läßt aber das Gesetz selbst die Hilfspflicht des Staatsbürgers hervorgehen.

Trotz dieser Unterschiede in einzelnen kennt das StGB einen im wesentlichen allgemeinen Gefahrenbegriff, der den besonderen Gefahrenbegriffen zugrunde liegt¹⁾. Der Grund dafür ist, hier wie im Polizeirecht, zum ersten wieder in der gemeinsamen sprachlichen Wurzel zu suchen, zum anderen aber auch darin, daß das Strafrecht immer die Gefahr im Sinne eines bedrohlichen Ereignisses versteht. Die folgende Erörterung des allgemeinen strafrechtlichen Gefahrenbegriffs kann wesentlich kürzer gehalten werden als im Kapitel I, da die Grundzüge des Begriffes für alle Rechtsgebiete die nämlichen sind.

b) *Der subjektive und der objektive Gefahrenbegriff*

Im Zusammenhang mit dem Meinungsstreit zwischen der subjektiven und der objektiven Versuchstheorie ergab sich im Strafrecht die Frage, ob es überhaupt einen objektiven Gefahrenbegriff geben könne, die von den Subjektivisten verneint wurde. Obwohl eine Erörterung dieser Frage im wesentlichen auf das Strafrecht beschränkt blieb, hat sie, wenn überhaupt, die gleiche Bedeutung für die übrigen Rechtsgebiete, auf denen der Gefahrenbegriff akut wird²⁾. Da heute die Existenz eines objektiven Gefahrenbegriffs allgemein anerkannt ist³⁾, können sich die folgenden Ausführungen auf eine kurze Skizzierung des Problems beschränken.

Die subjektive Theorie⁴⁾ geht davon aus, daß es nur einen tatsächlichen Kausalverlauf geben könne. Da die als Gefahr bezeichnete Situation entweder zu einem Schaden führe oder nicht, könne man objektiv nicht ex ante sagen, ob der Eintritt eines Schadens möglich sei oder nicht. Erst ex post lasse sich feststellen, ob der Kausalverlauf eine Verletzung herbeigeführt habe oder nicht. Sei das der Fall, so sei also diese Verletzung

¹⁾ *Maurach* (Allg. Teil), S. 255; *Herrmann*, S. 1. Die übrigen Schriftsteller erkennen die Existenz eines allgemeinen Gefahrenbegriffs dadurch an, daß sie nur einmal eine Untersuchung dieses Begriffs vornehmen und zwar in der Regel bei § 52 StGB. *Frank* behandelt die Gefahr bei § 1 StGB und bringt damit zum Ausdruck, daß er sie als gemeinsamen Begriff für alle in Frage kommenden Bestimmungen ausklammert.

²⁾ Vgl. für das Polizeirecht den Aufsatz von *Roterberg* über „Polizeiliches Unrecht, Polizeige-fahr“.

³⁾ Vgl. *Mezger* I, S. 81 ff.; *Henckel*, S. 13 und die zusammenfassende Darstellung bei *Herrmann*, S. 9 ff.

⁴⁾ Hauptvertreter *von Buri* (Über den Begriff der Gefahr usw.); die Rechtsprechung des RG war nicht einheitlich. RGSt 8, S. 202 folgt z. B. der subjektiven Theorie, RGSt 10, S. 102 der objektiven.

möglich gewesen, es erweise sich jetzt, daß das Ereignis, das ex ante als Eventualursache bezeichnet wurde, in Wirklichkeit eine tatsächliche Ursache war. Sei dagegen keine Verletzung entstanden, so sei eine solche eben auch nicht möglich gewesen, weil nur ein Kausalverlauf, nämlich der tatsächlich vorliegende, habe ablaufen können. Die Sachlage, von der jetzt feststehe, daß sie keine Schadensursache gewesen sei, dürfe daher auch nicht als objektiv mögliche Ursache bezeichnet werden, da sie ja eine solche Möglichkeit objektiv gar nicht enthalten habe. Daraus wird der Schluß gezogen, daß eine „mögliche Schadensursache“ nur in der menschlichen Vorstellung bestehen könne, weil der tatsächliche Kausalverlauf eben nie mit Sicherheit vorausszusehen sei. Die Gefahr sei daher ein rein subjektiver Begriff.

Demgegenüber vertritt die objektive Theorie¹⁾ die Auffassung, daß die Gefahr ein objektiv faßbarer Begriff sei. Zur Widerlegung der subjektiven Theorie führt sie die verschiedensten Gründe an. Der wesentliche Extrakt ihrer Argumente gibt die heute allgemein anerkannte Meinung wieder. Die subjektive Theorie muß deshalb zu der Verneinung eines objektiven Gefahrenbegriffs führen, weil sie die bereits stattgefundene Kausalreihe betrachtet. Dagegen handelt es sich doch bei der Beurteilung eines Ereignisses als gefährlich immer um ein Vorausschauen. Objektiv will nicht das Urteil darüber sein, ob die Eventualursache zu einer wirklichen causa werde, sondern das Urteil „Gefahr“ beruht auf einer gedanklichen Konstruktion, der Feststellung, daß eine Sachlage in der Vergangenheit mit bestimmter Regelmäßigkeit zu einer Verletzung geführt hat und daß sie es demnach mit gleicher Regelmäßigkeit auch in Zukunft tun werde²⁾. Hat der wirkliche Kausalverlauf nicht zu einer Verletzung geführt, so ändert sich dadurch an der gefährlichen Eigenschaft der zu prüfenden Sachlage nichts. Gefährlichkeit bedeutet eben nichts weiter, als den aus dem Erfahrungswissen gezogenen Schluß, daß bei einem bestimmten Zustand die Bedingungen, die geeignet sind, einen Schaden herbeizuführen, gegenüber den retardierenden Bedingungen zu einem gewissen Grade überwiegen. Dieser Schluß ist immer ein objektiver, da er aus einer objektiven Betrachtung der Vergangenheit gezogen wird. Ist es zu einer Verletzung nicht gekommen, so bedeutet das nur den Eintritt einer der Fälle, in denen die retardierenden Momente die Oberhand gewannen³⁾.

c) *Gefahrenzustand und Gefahrenmöglichkeit*

Die polizeirechtliche Gefahr war als Sachlage definiert worden, ein Zustand. Auf die übrigen sprachlichen Bedeutungen wurde bisher nicht eingegangen, weil sie für den hier behandelten Gefahrenbegriff ausscheiden. Da aber gerade im Strafrecht der Gefahrenbegriff von allen Seiten beleuchtet worden ist, soll kurz zu den verschiedenen Deutungen Stellung genommen werden⁴⁾.

¹⁾ Hauptvertreter v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht.

²⁾ Henckel, S. 13 unterscheidet hier zwischen konkreter und abstrakter Kausalität.

³⁾ Im übrigen kann hierzu verwiesen werden auf die oben S. 17 ff. gemachten Ausführungen.

⁴⁾ Es ist insbesondere auf die eingehenden Darstellungen bei Kisch (Z.f.g.V.w. 17, S. 488 ff.) und bei Henckel, S. 16 f., hinzuweisen.

Die (hier nicht behandelten) Bestimmungen, in denen der schädliche Erfolg einer Gefahr genannt ist, z. B. § 908 BGB, lassen erkennen, daß dort das Wort Gefahr nicht durch „Sachlage“ ersetzt werden kann, ohne daß der Wortlaut verändert würde. Die „Gefahr, daß ein Gebäude einstürzt“ bedeutet vielmehr die „Möglichkeit, daß es zum Einsturz kommt“. In diesem Sinne, des *Möglichseins*, erscheint der Gefahrenbegriff in vielen Vorschriften, vor allem in denen der oben bezeichneten Art. Wenn verschiedene Schriftsteller behaupten, der Grad der Gefahr wachse mit dem Grade der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, so trifft das nur auf die so skizzierte Bedeutung des Gefahrenbegriffs zu. Hier ist allerdings „Wahrscheinlichkeit das Maß der Gefahr“¹⁾. Ersetzt man jetzt nämlich „Gefahr“ durch „Möglichkeit“, so ergibt sich: „Wahrscheinlichkeit ist das Maß der Möglichkeit“ und dem kann nur beigespflichtet werden²⁾. Darüber, daß ein gleicher Satz auf die Gefahr als Zustand nicht zutrifft, wird unten noch zu handeln sein.

Demgegenüber muß die Behauptung Henkels³⁾, daß die „Erklärung der Gefahr als einer abstrakten Kausalbetrachtung, . . . die für die wissenschaftliche Erkenntnis ausschlaggebende“ sei, ebenso bestritten werden, wie die Kischs⁴⁾, daß dann, wenn von einer Erhöhung oder Verminderung der Gefahr die Rede sei, dieses Wort nie soviel bedeuten könne, wie „Zustand“, sondern sich immer auf die Möglichkeit des Eintritts der Verletzung beziehen müsse.

Hier wird nicht beachtet, daß das Primäre in jedem Falle die Tatsachenlage ist. Die Möglichkeit eines Schadenseintritts gehört, genau genommen, zu den inhaltsbestimmenden Faktoren dieses Zustandes. Ob ich nun den Zustand selbst eine Gefahr nenne, oder die aus ihm entspringende Verletzungsmöglichkeit, immer handelt es sich um ein Urteil, das über diesen Zustand gefällt wird. Wenn eine Gefahr als mehr oder minder groß bezeichnet wird, so wäre es selbstverständlich absurd, hier das Wort „Gefahr“ nur durch „Zustand“ ersetzen zu wollen. Bedenkt man aber, daß auch die Gefahr als Sachlage eine *Bedrohung* beinhaltet, so ergibt sich, daß eine Vergrößerung der Gefahr eine Erhöhung der aus der Sachlage hervorgehenden Bedrohung bedeutet. In diesem Sinne kann durchaus von einer großen oder kleinen Gefahr auch dann gesprochen werden, wenn man sie als Zustand begreift. Gefahr ist eine „bedrohliche Sachlage“, eine geringe Gefahr eine wenig, eine große Gefahr eine stark bedrohliche Sachlage. Daß der Begriff Gefahr primär einen Zustand bezeichnet, ist auch daraus ersichtlich, daß diese Bedeutung in fast allen Bestimmungen,

¹⁾ Kisch aaO.

²⁾ Wobei aber darauf hingewiesen werden soll, daß der Satz Kischs, die Möglichkeit als solche sei einer Steigerung nicht fähig, zwar als richtig gelten muß, soweit man Möglichkeit nur im Sinne eines Urteils darüber, ob ein Ereignis überhaupt eintreten könne, ansieht; es darf aber nicht übersehen werden, daß der Sprachgebrauch durchaus eine mehr oder minder große Möglichkeit kennt und damit zum Ausdruck bringt, daß die Zahl der schadensfördernden Umstände eine größere oder geringere sei — Wahrscheinlichkeit im Sinne von Kisch.

³⁾ S. 17 aaO.

⁴⁾ S. 491 aaO.

die den Gefahrenbegriff enthalten, gesetzt werden kann, wenn man nicht am Wortlaut klammert. Setzt man statt des Zustands, auf Grund dessen das Möglichkeitsurteil gefällt wird, dieses Urteil selbst, so bedeutet das meines Erachtens nur eine — allerdings zulässige — Vereinfachung.

Kann man so in einigen Bestimmungen tatsächlich den Begriff Gefahr als Möglichkeit eines Schadens verstehen, so ist das ausgeschlossen bei den hier behandelten Gefahrenbegriffen¹⁾. Der in der Einleitung abgegrenzte Gefahrenbegriff ist immer ein Zustand, eine bestimmte Tatsachenlage. Die öffentliche Sicherheit und Ordnung wird nicht durch eine Möglichkeit bedroht, sondern dadurch, daß aus den tatsächlichen Verhältnissen ein Schaden hervorgehen kann. Ebenso ist es auch im StGB und in den übrigen Gesetzen. So bedeutet z. B. die Gefahr für Leib oder Leben einen Zustand, aus dem eine Verletzung von Leib oder Leben zu entstehen droht. Wenn Literatur und Rechtsprechung die strafrechtliche Gefahr sowohl definieren als Möglichkeit, als auch als Sachlage, so sind hieraus keine Schlüsse zu ziehen. Z. B. hat das RG beide Definitionen nebeneinander²⁾ verwandt. Man muß daher annehmen, daß der Unterschied zwischen den beiden Bedeutungen entweder nicht erkannt, oder nicht für wesentlich gehalten wurde, was er ja auch in der Regel nicht ist. Auch Herrmann scheint keinen Unterschied zu sehen, da er die Gefahr zwar³⁾ definiert als eine „naheliegende Möglichkeit“, sich aber u.a.⁴⁾ beruft auf den Vorentwurf zu einem deutschen StGB aus dem Jahre 1909⁵⁾, wo unter Gefahr ein Zustand begriffen wird⁶⁾.

d) Die Definition der strafrechtlichen Gefahr

Bei der Erörterung der besonderen Eigenheiten des strafrechtlichen allgemeinen Gefahrenbegriffs kann bezüglich folgender Punkte auf die Ausführung bei der polizeirechtlichen Gefahr⁷⁾ verwiesen werden:

soweit es sich darum handelt, daß aus der Gefahr eine Verletzung hervorzugehen drohen muß, was gleichzeitig bedeutet, daß auch hier bloße Belästigungen nicht in Frage kommen, da sie nicht zu einem Schaden führen,

insofern, als auch hier ein normaler, schematisierter Geschehensablauf zugrundegelegt wird bei der Frage, ob der voraussetzliche Kausalverlauf eine Verletzung herbeiführen wird,

¹⁾ Vgl. auch *Kisch*, S. 492 aaO.

²⁾ Z. T. im gleichen Band der Entscheidungssammlung: RGSt 66, S. 100 u. S. 225.

³⁾ Auf S. 5.

⁴⁾ In der Anm. 1 zu § 2 auf S. 61.

⁵⁾ Begründung, S. 600.

⁶⁾ Weitere Beispiele sind: a) Zustand: *Schönke*, § 52, Anm. III 2a, Anm. 1 vor § 306; *Mezger im Leipziger Kommentar*, § 52, Anm. 3 b, aa, Anm. 3 vor § 306; *Honig* in JW 1929, S. 254 f.; *Finger*, S. 230; *Frank*, § 1 Erl. II 1; *Hafters*, erste Hälfte, S. 48, zweite Hälfte, S. 491; *Dalcke*, Anm. 5 zu § 54 StGB; *Wildanger*, S. 47; *Rotering*, Gefahr und Gefährdung S. 266; *Schwarz*, § 52, 3 A; *Maurach*, S. 255; RGSt 61, S. 255, S. 362; BGH in NJW 1951, S. 769.

b) Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit: *Mezger* I, S. 81; *Olshausen*, § 52, Anm. 5, vor a; *von Rohland*, S. 1; RG in JW 1919, S. 584 f., Nr. 3.

⁷⁾ Oben, Kapitel I.

insofern, als auch im Strafrecht das Urteil „Gefahr“ Ergebnis einer objektiven Prüfung ist¹⁾).

Es bleiben drei weitere Punkte zu untersuchen, nämlich die Frage nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit, mit der der Schaden zu erwarten sein muß, die Frage, ob auch im Strafrecht nur ungewöhnliche regelwidrige Zustände eine Gefahr begründen und die Frage, ob auch hier nur normal-empfindliche Rechtsgüter geschützt sind.

aa) Überall da, wo eine den Einzelnen belastende Rechtsfolge die Existenz oder die Verursachung einer Gefahr voraussetzt, stehen sich, wie schon dargestellt, das Interesse der Rechtsordnung, die Gefahr, um deretwillen sie eine Rechtsfolge angeordnet hat, möglichst früh zu bekämpfen — im Strafrecht im Abschreckungsgedanken, der Generalprävention, zum Ausdruck kommend — und das Interesse des Belasteten an einem weitgehenden Spielraum, in dem er frei — also auch straffrei — handeln kann, gegenüber. Die Synthese aus den beiden gegensätzlichen Interessen ergibt dann den Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, der eine tatbestandsmäßige Gefahr begründet. Diese Synthese muß notwendigerweise unterschiedlich ausfallen, je nachdem, welches der widerstreitenden Interessen überwiegt. Daher kann z. B. bei dem Notstand der §§ 52, 54 StGB, bei dem eine natürliche Person Subjekt ist, der nur ein beschränktes Maß an Duldungspflicht zugemutet werden kann, schon zu einem früheren Zeitpunkt eine ausreichende Wahrscheinlichkeit als vorliegend angesehen werden, als bei der Nothilfe des § 330 c StGB, die einem Unbeteiligten eine Pflicht auferlegt, die eigentlich dem Staate zukommt und sich daher zurückhalten muß. Im einen Falle beendet die Gefahr die Pflichtigkeit, im anderen begründet sie die Pflicht. Aus diesem Grunde läßt sich für den allgemeinen strafrechtlichen Gefahrenbegriff m. E. nur so viel sagen, daß nach der Lebenserfahrung die den Schaden herbeiführenden Umstände gegenüber den sie verhindernden in nicht unerheblicher Weise überwiegen müssen. Alle weiteren Einzelheiten sind dann bei den jeweiligen Bestimmungen gesondert zu untersuchen. Für den § 330 c StGB habe ich keine Bedenken, die für die polizeirechtliche Gefahr angestellten Überlegungen zu übernehmen und eine Gefahr dann für gegeben zu erachten, wenn der betreffende Zustand mit einem so hohen Grad von Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen wird, daß bei verständiger Beurteilung mit diesem Schaden gerechnet werden muß.

Darüberhinaus ist die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts selbstverständlich auch hier von Zeit, Ort und Umständen abhängig; z. B. ist ein ohnehin Schwerkranker leichter zu töten, als ein Gesunder²⁾.

bb) Die vorherrschende Ansicht in Wissenschaft und Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, daß es sich auch bei der strafrechtlichen Gefahr

¹⁾ Vgl. auch hierzu die Zitate unter Anmerkung 6 auf Seite 50.

²⁾ Vgl. *Mezger im Leipziger Kommentar*, § 52, Anm. 3 b, aa. Zum Ganzen: RGSt 36, S. 339.

um einen *abnormen* Zustand handeln müsse¹⁾. Dieser Auffassung ist aus folgenden Gründen beizupflichten. Im Kapitel I war bereits ausgeführt worden, daß Tag für Tag Ereignisse geschehen, die zu einem Schaden führen können. Viele dieser Vorgänge sind aber lebensnotwendig, sozial adäquat (z. B. das Arbeiten mit Backsteinen auf einem hohen Baugerüst). Es liegt auch manche Verminderung der Materie im Rahmen der normalen Abnutzung. Wollte man jeden, der einen solchen, ein normales und erlaubtes Risiko enthaltenden, Zustand herbeiführt, bestrafen, oder ihn straffrei stellen, wenn er auf Grund dieser Sachlage, sich in einem „Notstand“ wähnend, eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, oder ihn zum Handeln zwingen, um einen solchen Zustand zu beheben, so würden unhaltbare Verhältnisse entstehen. Es muß vielmehr alles das außer Betracht bleiben, was im Rahmen des üblichen riskant ist und das, was zu einer normalen Verminderung von Rechtsgütern führt. Gefahr kann auch hier nur das sein, was regelwidrig, ungewöhnlich ist.

cc) Dagegen darf im Strafrecht nicht nur der einem normal empfindlichen Rechtsgut drohende Schaden eine Gefahr begründen. Jeder Tatbestand ist auf den Einzelfall zugeschnitten. Es wird daher auch nicht gefragt, ob das bedrohte Rechtsgut einem Oberbegriff unterfalle (wie im Polizeirecht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung), der allein geschützt ist, sondern es sind hier besondere Erfordernisse aufgestellt, die einen Vergleich mit dem Polizeirecht nicht gestatten. So macht vor allem das im Strafrecht herrschende Verschuldensprinzip die polizeirechtlich so bedeutsame Klausel von der „normalen Empfindlichkeit gegenüber Verletzungen“ in den Fällen überflüssig, in denen an die Erregung einer Gefahr eine Bestrafung geknüpft ist. Objektiver Beurteilung unterliegt auch bei der strafrechtlichen Gefahr der gedachte Kausalverlauf. Subjektiv bleibt die Frage zu beantworten, ob der Täter schuldhaft gehandelt hat. Auch ein nervlich Überempfindlicher muß den Schutz des § 52 StGB genießen, wenn für ihn ein Schaden an Leib oder Leben drohte, und ein Unbeteiligter muß auch dann eingreifen, wenn z. B. ein Bluter durch ein Ereignis gefährdet wird, das bei einem normalen Menschen noch keinen Schaden hervorzurufen geeignet wäre.

Unter der strafrechtlichen Gefahr ist somit ein Zustand zu verstehen, der bei objektiver Betrachtung unter Zugrundelegung eines normalen, ungehinderten Geschehensablauf mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer objektiven, unmittelbaren und abnormen Verletzung eines geschützten Rechtsgutes führen wird²⁾. Der allgemeine Gefahrenbegriff des § 330 c StGB stimmt auch hinsichtlich des Grades der Wahrscheinlichkeit, mit der eine Schädigung zu erwarten sein muß, mit dem polizeirechtlichen Gefah-

¹⁾ Vgl. *Schönke*, Anm. 1 vor § 306; *Finger*, S. 230; *Frank*, § 1, Erl. II, 1; *Wildanger*, S. 47; *Schwarz*, § 52, Anm. 3 A; a. A. nur *Mezger*, I, S. 81.

²⁾ Auf das geschützte Rechtsgut kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden. Es fehlt ein Oberbegriff, wie im Polizei- und Ordnungsrecht. Jede Bestimmung gibt vielmehr für sich an, was geschützt werden soll, z. B. „Leib oder Leben“ (§ 54), „wichtige öffentliche Interessen“ (§ 353 b) usw.

renbegriff überein, unterscheidet sich aber insofern von ihm, als auch ein überempfindliches Gut geschützt wird.

§ 6: *Der Gefahrenbegriff des Grundgesetzes und des Bundesleistungsgesetzes*

a) *Das Grundgesetz*

Das Grundgesetz enthält den Gefahrenbegriff in den Artikeln 11 Abs. II, 13 Abs. III und 91 Abs. I und II. In den Rahmen des hier behandelten Themas fällt davon nur Art. 13 Abs. II GG. Zwar berechtigt Art. 11 Abs. II u. a. bei Vorliegen einer Seuchengefahr zur Beschränkung des Grundrechts der Freizügigkeit, aber diese Bestimmung ist hier deswegen nicht selbständig abzuhandeln, weil sie nur zum Erlaß von Gesetzen, nicht aber zu Einzeleingriffen ermächtigt und weil sie keinen neuen besonderen Gefahrenbegriff bringt. Sie hat jedoch Bedeutung im Zusammenhang mit den einzelnen Eingriffsgesetzen, wie sich im folgenden noch zeigen wird¹⁾.

Der allgemeine Gefahrenbegriff des Grundgesetzes ist identisch mit dem polizeirechtlichen Gefahrenbegriff. Als Begründung dafür läßt sich, unabhängig von der jeweiligen Bestimmung, die Tatsache anführen, daß hier, wie im Polizeirecht, die Zivilperson der öffentlichen Gewalt gegenübersteht. Darüber hinaus ist zumindest der Art. 13 Abs. III GG. eine polizeirechtsähnliche Bestimmung. Es wird hier eine besondere gesetzliche Grundlage für Einzeleingriffe in Rechte geschaffen. Zwar können Subjekte dieses Eingriffs nicht nur die Polizei, sondern z. B. auch der Gerichtsvollzieher und ähnliche Beamte sein, der Charakter der Bestimmung wird dadurch aber nicht verändert. Ferner hat das Grundgesetz in Art. 13 Abs. III 1. Halbsatz die Formulierung des § 16 Abs. I lit. a prPVG wörtlich übernommen und macht ebenfalls den Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung ohne weitere gesetzliche Grundlage von einer „gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen“ abhängig. Da das prPVG das ältere Gesetz ist, liegt hier zweifelsohne eine bewußte Anpassung des Grundgesetzes an das Polizeirecht vor²⁾. Soweit das Grundgesetz dann in Art. 13 Abs. III 2. Halbsatz den Eingriff auf Grund einer dringenden Gefahr vom Bestehen eines besonderen Ermächtigungsgesetzes abhängig macht, verwendet es die alten polizei- und ordnungsrechtlichen termini „öffentliche Sicherheit“ und „öffentliche Ordnung“. Alle diese Argumente führen zu dem Schluß, daß dem Art. 13

¹⁾ Vgl. im übrigen das Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. Nov. 1867 (BGBl. S. 55) i. d. F. vom 5. Juni 1931 (RGBl. I. S. 279, 308, Art. 3); vgl. ferner das Gesetz über die Notaufnahme von Deutschen in das Bundesgebiet vom 22. August 1950 (BGBl. S. 367), geändert durch Gesetz vom 21. Juli 1951 (BGBl. I. S. 470) und vom 19. Mai 1953 (BGBl. I. S. 201); sowie § 49 des Wehrpflichtgesetzes vom 27. Juli 1956 (BGBl. I. S. 651).

²⁾ So *Scupin*, im Handbuch, S. 637 ff. Darüber, daß § 16 prPVG enger ist als Art. 13 Abs. III GG wird später noch zu handeln sein.

Abs. III GG der gleiche allgemeine Gefahrenbegriff zugrundeliegt wie den polizei- und ordnungsrechtlichen Bestimmungen¹⁾.

b) Das Bundesleistungsgesetz

Der Gefahrenbegriff wird durch das Bundesleistungsgesetz in den §§ 1 Ziff. 1 u. 2; 2 Ziff. 3; 4 Abs. III u. 13 Abs. I verwandt. Davon scheiden alle Bestimmungen außer dem § 1 Ziff. 1 für die vorliegende Untersuchung aus. § 1 Ziff. 2 bringt als zweiten Grund, der zur Anforderung von Leistungen berechtigt, die „Zwecke der Verteidigung“; die daran anschließende Wendung, „im besonderen“ macht deutlich, daß „Gefahr, durch die von außen der Bestand des Bundes . . . bedroht wird“ nur als ein Beispielsfall anzusehen ist. Eingegriffen wird hier immer zum Zwecke der Verteidigung, die Gefahr ist einer der möglichen Fälle, in denen eine Verteidigung erforderlich wird. Die §§ 2 Abs. I, Ziff. 3, 4 Abs. III und 13 Abs. I enthalten keine selbständige Rechtsgrundlage für Anforderungen, sondern verweisen nur auf § 1 Ziff. 1, während sie selbst klarstellen, welche Eingriffe nur auf Grund dieser Ziffer des § 1 vorgenommen werden können. Es handelt sich also hier in Wirklichkeit immer nur um den Gefahrenbegriff des § 1 Ziff. 1 BLEistG.

Dieser Begriff entspricht wiederum dem des Polizei- und Ordnungsrechts. Zum ersten handelt es sich bei § 1 Ziff. 1 BLEistG um eine im ursprünglichen Sinne polizeirechtliche Bestimmung, eine Bestimmung der Gefahrenabwehr. An den Tatbestand der Existenz einer Gefahr knüpft das Gesetz die Rechtsfolge, daß die öffentliche Gewalt in bestimmter Weise in den Rechtskreis einer Zivilperson eingreifen darf.

Zum anderen zeigen die Materialien zum Bundesleistungsgesetz, daß im 1. Entwurf der Bundesregierung sogar die Formulierung „eine erhebliche Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ vorgesehen war, eine Formulierung, die den polizeirechtlichen Charakter des § 1 Ziff. 1 noch deutlicher gemacht haben würde. Diese Fassung wurde nicht beibehalten, weil Bedenken gegen die Gesetzgebungskompetenz des Bundes bestanden, Bedenken, die sich jedoch nicht gegen die Ausgestaltung des Gefahrenbegriffs in der geplanten Form, sondern dagegen richteten, daß § 1 Ziff. 1 BLEistG ein Anforderungsrecht zur Verhütung oder Beseitigung eines öffentlichen Notstandes normieren sollte. Wurde auf Grund solcher Bedenken die ursprüngliche Fassung fallengelassen, so sprechen keinerlei Anzeichen dafür, daß auch der verwandte Gefahrenbegriff seinem Inhalt nach ein anderer geworden sein sollte, als im Entwurf²⁾.

¹⁾ Vgl. auch: v. Mangoldt-Klein, S. 408; Reiff, S. 103; Müller-Heidelberg, S. 53; Rietdorf, S. 254. Von den neueren Polizeigesetzen enthalten dem GG angepaßte Bestimmungen z. B. das PolGes BadWürt in § 25 und das SOG in § 3.

²⁾ Vgl. von den Materialien des BLEistG: Entwurf der Bundesregierung eines Bundesleistungsgesetzes, vom 21. Oktober 1955 (Bundestagsdrucksache Nr. 1804); Änderungsvorschläge der zuständigen Bundsratsausschüsse in Bundsratsdrucksachen 179/1—5/1955 und des Ausschusses für Angelegenheiten der inneren Verwaltung (8. Ausschuß), in Bundestagsdrucksache 2492/1956 und zu 2492/1956.

Sowohl der Gefahrenbegriff des Art. 13 Abs. III GG als auch der des § 1 Ziff. 1 BLEistG zeigen demnach ein Merkmal, das dem strafrechtlichen Gefahrenbegriff fehlt. Für beide Gesetze ist nur eine solche Gefahr relevant, die einem für Zeit, Ort und Umstände normal empfindlichen Rechtsgut droht. Den Grund dafür zeigt eine Gegenüberstellung des Art. 13 Abs. III GG und des § 1 Ziff. 1 BLEistG auf der einen mit dem § 330 c StGB auf der anderen Seite. Grundgesetz und Bundesleistungsgesetz behandeln in den in Frage kommenden Bestimmungen Eingriffe, die die öffentliche Gewalt in die Rechtssphäre einer Zivilperson vornimmt, um Gefahren abzuwehren und eine dem öffentlichen Interesse entsprechende Ordnung aufrechtzuerhalten. Die Staatsgewalt sieht nur auf das Ganze, auf den Lebensrhythmus im allgemeinen, der Einzelfall ist für sie nur von Bedeutung, wenn er als Bedrohung der Öffentlichkeit erscheint¹⁾. Im Strafrecht greift zwar auch § 330 c StGB in die Rechte von (unbeteiligten) Zivilpersonen ein. Der Unterschied zum Polizei- und Ordnungsrecht liegt aber einmal darin, daß die Gefahrenbekämpfung hier als Aufgabe der Zivilperson durch das Gesetz selbst übertragen und sie nicht durch die öffentliche Gewalt dazu angehalten wird; zum anderen darin, daß die Pflicht zum Helfen nicht nur praktischen Erwägungen entspricht (Abwehr von Gefahren), sondern auch ethischen (auf die an dieser Stelle aber nicht einzugehen ist). Der § 330 c StGB enthält somit ein Mehr an Verpflichtung, das auch in einer Ausdehnung des Gefahrenbegriffs auf Fälle der Bedrohung besonders empfindlicher Güter zum Ausdruck kommt.

Die der Zivilperson von Gesetzes wegen übertragene Aufgabe Gefahren abzuwehren ist daher eine andere, als die von der öffentlichen Gewalt wahrzunehmende. Hier gilt der Einzelfall, die Frage lautet, ob diesem Hilfsbedürftigen beigestanden werden muß, eine Frage, die nicht danach beantwortet werden kann, ob mit der Hilfe gegenüber dem Individuum auch die allgemeine Ordnung gestützt wird. Der Behörde gestatten die vorhandenen Rechtsgrundlagen nur, Eingriffe vorzunehmen, um das Ganze zu ordnen, der Gesetzgeber darf auch eine Verpflichtung für den außergewöhnlichen Einzelfall begründen. Insofern ist § 330 c StGB weitergehend, als die bisher behandelten polizei- und ordnungsrechtlichen Bestimmungen, sowie die in Frage kommenden Vorschriften des Grund- und des Bundesleistungs-Gesetzes.

c) *Das geschützte Rechtsgut*

aa) In Art. 13 Abs. III GG.

Das Grundgesetz kennt im Gegensatz zum Polizei- und Ordnungsrecht keinen zentralen Rechtsgutbegriff, sondern schützt in verschiedenen Bestimmungen verschiedene Güter. Die in Art. 13 Abs. III Halbsatz 1 verwandten termini „gemeine Gefahr und Lebensgefahr“ stellen besondere Gefahrenbegriffe dar, die im 2. Hauptteil zu behandeln sind. Hier ist nur auf die ausdrücklich in Halbsatz 2 genannte „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ einzugehen. Über die Begriffe Öffentlichkeit, öffentliche Sicher-

¹⁾ Im einzelnen wurde das bereits oben in Kapitel I, § 2 ausgeführt.

heit, öffentliche Ordnung wurde bereits oben in Kapitel I § 3 gesprochen. Es kann insoweit darauf hingewiesen werden, daß die dort erörterten Begriffe mit den im GG verwandten übereinstimmen. Zweifel tauchen lediglich darüber auf, ob das von der üblichen Formulierung abweichende „und“ hier alternativ oder kumulativ gebraucht wird. Die Beantwortung dieser Frage kann nur dahingehen, daß nicht etwa Sicherheit und Ordnung gefährdet sein müssen, sondern daß die Gefährdung eines dieser beiden Rechtsgüter ausreicht, um einen Eingriff zu rechtfertigen. Im anderen Falle wäre es unnötig gewesen, die öffentliche Sicherheit neben der öffentlichen Ordnung zu nennen, da die erstere von der letzteren mit umfaßt wird. Als weiteres Argument läßt sich anführen, daß eine „dringende Gefahr“ zum Rechtseingriff ja nur genügt, wenn ein besonderes Gesetz vorliegt. Als solche Gesetze kommen in erster Linie die polizei- und ordnungsrechtlichen in Frage. Diese verwenden aber bis auf wenige Ausnahmen (z. B. § 3 SOG) die Verbindung öffentliche Sicherheit oder Ordnung (z. B. §§ 16 prPVG, 19 PVG RhldPf.). Das Verhältnis zwischen Art. 13 Abs. III GG und den Polizeirechtsbestimmungen erscheint nur dann sinnvoll, wenn sie die gleichen Rechtsgüter in gleichem Umfange schützen. Anderenfalls würden fast alle Polizeigesetze gegen Art. 13 Abs. III GG verstoßen, da sie Eingriffe gestatten, die nach dem Grundgesetz nicht erlaubt wären. Eine solche Annahme ist nicht gerechtfertigt. Die Formulierung des Art. 13 Abs. III Halbsatz 2 GG scheint vielmehr einer Anlehnung an Art. 48 WRV entsprungen zu sein¹⁾.

bb) Das Bundesleistungsgesetz

Nach § 1 Ziff. 1 BLEistG können Leistungen angefordert werden zur Abwendung einer Gefahr, die den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes bedroht. Diese Formulierung entspricht der des Art. 91 GG (während der 2. Halbsatz des § 1 Ziff. 1 BLEistG mit § 2 des Bundesgrenzschutzgesetzes übereinstimmt²⁾).

Soweit die Gefahr den Bestand des Bundes bedrohen muß, bedarf der bevorstehende Schaden keiner näheren Erläuterung, die Bedeutung der Vorschrift ist offenbar und ergibt sich im übrigen auch aus § 88 Abs. I Satz 1 StGB.

Der Gesetzesbegriff der „freiheitlichen demokratischen Grundordnung“ wird im GG mehrfach verwandt, z. B. auch in Art. 21 GG. Er ist besonders eingehend durch das Bundesverfassungsgericht erörtert worden³⁾. Der Begriff wird einmal charakterisiert durch Gebrauch des Wortes „Grundordnung“. Damit ist ausgedrückt, daß hierhin nicht etwa alle im GG festgelegten Institutionen gehören, sondern nur die, die zur Grundlage der gesamten Verfassung gemacht wurden, deren Existenz als Mindestvoraussetzung für das staatliche Leben erkannt worden ist. Diese Grundordnung erhält ihre besondere Konkretisierung dadurch, daß sie eine „freiheitliche“ und eine „demokratische“ ist, d. h., daß sie die Grundordnung einer

¹⁾ Vgl. zu diesem Ergebnis: v. Mangoldt-Klein, S. 408.

²⁾ Vgl. Schmidt-Pabst, Anm. 3 u. 4 zu § 1; Oestreicher, Anm. 3a zu § 1. Es kann daher auf Literatur und Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen zurückgegriffen werden.

³⁾ Vgl. BVerfGE 2, S. 1 ff. (SRP-Urteil) u. 5, S. 85 ff. (KPD-Urteil).

Demokratie ist und die Freiheit zum obersten Prinzip erhebt. Unter freiheitlicher demokratischer Grundordnung sind somit nur die fundamentalen, im GG festgelegten Entscheidungen zu verstehen, die zu den unerläßlichen Voraussetzungen unseres Staatslebens gehören. Man kann in ihr die Zusammenfassung der in § 88 Abs. II StGB aufgeführten „Verfassungsgrundsätze“ sehen¹⁾. Das Bundesverfassungsgericht definiert in BVerfGE 2, S. 1 ff auf S. 1 unter Ziff. 2: „Freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Art. 21 Abs. II GG ist eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteienprinzip und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition“.

Dem ist nur noch hinzuzufügen, daß gleiches für den Art. 91 GG gelten muß²⁾. Ein Blick auf die oben, Kapitel I, § 3, angestellten Erörterungen zeigt, daß der enge Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung von dem weiteren der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mit umfaßt wird.

§ 7: Ergebnisse

Als Ergebnis des 1. Hauptteils der Arbeit ist festzustellen, daß die polizei- und ordnungsrechtlichen Gesetze, darunter sind also auch die Spezialgesetze für Ordnungsbehörden zu verstehen, das GG in seiner hier in Betracht kommenden Bestimmung und das Bundesleistungsgesetz einen einheitlichen allgemeinen Gefahrenbegriff aufweisen³⁾. Der Gefahrenbegriff des StGB weicht hiervon insofern ab, als im Strafrecht nicht nur die Gefahren relevant sind, die einem Rechtsgut drohen, daß nach den jeweiligen Umständen normale Empfindlichkeit gegenüber Verletzungen aufweist⁴⁾. Im übrigen herrscht auch hier Übereinstimmung, die zurückzuführen ist auf die gemeinsame sprachliche Wurzel.

¹⁾ Dürig, Die Verwirkung, S. 516, V. 1.

²⁾ Vgl. auch v. Mangoldt-Klein, S. 535.

³⁾ Vgl. die Definition oben auf S. 22.

⁴⁾ Vgl. die Definition oben auf S. 52 f.

Zweiter Hauptteil:

Die verschiedenen Gefahrenbegriffe

Nachdem im ersten Hauptteil eine Untersuchung der allgemeinen Gefahrenbegriffe vorgenommen wurde, soweit sie in den Rahmen des Themas fallen, werden im folgenden die besonderen Gefahrenbegriffe zu behandeln sein, die Variationen des jeweils anzuwendenden allgemeinen Gefahrenbegriffs darstellen.

Im Rechtsstaat steht die gesamte Exekutive unter dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Für den Geltungsbereich des Grundgesetzes ist diese Maxime in Art. 20 Abs. III GG ausdrücklich festgelegt. Was unter Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu verstehen ist, drückt die Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946¹⁾ in Art. 2 Abs. II in folgender Weise aus: „Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zuläßt“. Diese Formulierung scheint mir aus zwei Gründen vorteilhaft zu sein. Zum ersten vermeidet sie es, von einem „Eingriff in die Rechtssphäre“ zu sprechen. Wie im weiteren noch zu zeigen sein wird, gibt es nämlich durchaus Fälle, in denen zwar ein „Eingriff“ im strengen Sinne nicht vorliegt, trotzdem aber dem obigen Grundsatz Rechnung getragen werden muß²⁾.

Zum anderen stellt sie klar, daß nicht nur ein formelles Gesetz, sondern grundsätzlich jedes Gesetz im materiellen Sinne Rechtsgrundlage eines Vorgehens der öffentlichen Gewalt gegen die Zivilperson sein kann. Stützt es sich aber auf eine Rechts-VO, so muß die Ermächtigung zum Erlaß dieser VO in einem Gesetz im formellen Sinne zu finden sein, d. h., die VO muß „eine auf Gesetz beruhende Bestimmung“ sein. Nichts anderes sagt Maunz³⁾, wenn er ausführt: „... alle ... Handlungen ... des verwaltenden Handelns des Staates müssen sich auf ein formelles Gesetz zurückführen lassen, also „auf Grund“ eines formellen Gesetzes erfolgen“, denn auch die auf ordnungsmäßiger Ermächtigung beruhende Rechts-VO läßt sich ja auf ein formelles Gesetz zurückführen.

¹⁾ GVBl Hess. S. 229 geändert durch Gesetz vom 22. Juli 1950 GVBl Hess. S. 131.

²⁾ Vgl. die Formulierungen, die von einem „Eingriff“ sprechen bei: *Scupin*, im Handbuch, S. 612; Bay VerwGH in DVBl 1953, S. 253; Art. 8 Abs. II der Genfer Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, mit Gesetzeskraft verkündet im BGBl 1952, II, S. 685 ff.; speziell für das Grundrecht der Freiheit der Person: *Kern*, bei N.-N.-Sch., Band II auf S. 87; *Weber*, bei N.-N.-Sch., Band II auf S. 364 spricht von „Akten gegen die Rechtsstellung des einzelnen“.

³⁾ Lehrbuch, S. 58.

Jeder belastende Verwaltungsakt, der einer notfalls zwangsweisen Durchsetzung fähig ist, bedarf daher zu seiner Rechtmäßigkeit einer gesetzlichen Grundlage, in der die Voraussetzungen eines Eingreifens tatbestandsmäßig normiert sind¹⁾).

Die Tatbestände solcher „Ermächtigungsgesetze“ weisen die verschiedensten Voraussetzungen auf, die im einzelnen Falle vorliegen müssen, damit ein belastendes Einschreiten der Staatsgewalt gegenüber einer Zivilperson als gerechtfertigt erscheint. Als eine dieser Voraussetzungen nennen etliche Bestimmungen die Existenz einer Gefahr, die Bedrohung eines für schutzwürdig erachteten Rechtsgutes durch eine gefährliche Sachlage. Es soll im folgenden die Voraussetzung „Gefahr“ in diesen Ermächtigungsnormen und ihre Relation mit einer im jeweiligen Falle gerechtfertigten Belastung der Zivilperson untersucht werden. Dabei ist einmal zu beachten, daß der gesetzliche Tatbestand in der Regel neben der Gefahrenlage noch andere Merkmale enthält, — auf diese ist nur insoweit einzugehen, als es zur Klärung und Fortführung des Themas erforderlich erscheint —, zum anderen hat aber die Bedrohung eines schutzwürdigen Rechtsgutes nicht nur die Möglichkeit einer Belastung der Zivilperson im Gefolge, sondern begründet gleichzeitig eine Verpflichtung der Behörden, mit eigenen Mitteln gefahrenabwehrend tätig zu werden, eine Verpflichtung, die in der Regel sogar der des Staatsbürgers vorgeht²⁾. Für die Polizeibehörden in RhldPf und Bayern ist das ausdrücklich normiert in § 26 PVG RhldPf und Art. 11 PAG. Eine Erörterung der Frage, wieweit eine solche Pflicht des Staates besteht (Opportunitäts- oder Legalitätsprinzip) fällt jedoch aus dem Rahmen der vorliegenden Erörterung und muß daher unterbleiben³⁾.

Bei Betrachtung der Tatbestände, die die Gefahr als alleiniges oder zusammen mit anderen Merkmalen enthalten, ist festzustellen, daß die mögliche Intensität des Vorgehens gegen eine Zivilperson in zweifacher Weise vom Grade der bestehenden Gefahr abhängig ist.

- a) Der Personenkreis, gegen den eingeschritten werden kann, wächst mit dem Grade der Gefahr.
- b) Je bedrohlicher die Gefahr ist, desto tiefer darf in die Rechtssphäre der Zivilperson eingegriffen werden; die Zahl der Einzelrechte, die beeinträchtigt werden dürfen, wächst mit der Intensität der Gefahr⁴⁾.

„Grad der Gefahr“ bedeutet nicht etwa Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und dementsprechend eine höhergradige Gefahr eine größere Wahrscheinlichkeit, sondern in erster Linie zeitliche Nähe des Schadens.

¹⁾ Vgl. dazu Kaufmann, S. 182, 184; Wolff, Lehrbuch, § 30 III, S. 150 f.; Jellinek, Lehrbuch, S. 88; Friesenhahn, S. 247 ff.; Dreves-Wacke, S. 79; Bock, S. 9; für das Schweizerische Recht: Imboden, S. 9. Die oben zitierten Schriftsteller sprechen durchweg nur von dem belastenden Verwaltungsakt oder von einem Handeln, durch das die Verwaltung „etwas fordert, . . . etwas gebietet oder verbietet“ (Friesenhahn, aaO) und vermeiden den Gebrauch des Wortes „Eingriff“.

²⁾ Vgl. statt vieler: Dreves-Lassar, S. 58 f. und Senger-Kurzmann, S. 116 f.

³⁾ Es sei hier lediglich festgestellt, daß die Behörden grundsätzlich nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden haben, ob und wie sie tätig werden wollen.

⁴⁾ Vgl. die kurze Darstellung bei Scupin, S. 616.

Je näher der voraussichtliche Eintritt des verletzenden Ereignisses bevorsteht, umso größer die Gefahr. Damit ist (direkt) nichts über die Wahrscheinlichkeit, die dem Urteil über die Verwirklichung der Verletzung zukommt, gesagt. Dieses Urteil wird aber immer umso sicherer sein, je näher der Schaden bevorsteht¹⁾.

Kapitel I:

Die einfache Gefahr

§ 8: Klärung der Begriffe

Die „einfache“ Gefahr, womit die Grundstufe bezeichnet werden soll, auf der eine Sachlage beginnt, eine „gefährliche“ zu sein, hat in der hier behandelten Abgrenzung nur Bedeutung für das Polizei- u. Ordnungsrecht. Die weitere Untersuchung wird zeigen, daß alle Normen, die über den polizeirechtlichen Bereich hinaus den Gefahrenbegriff im Tatbestand enthalten, einen höheren Grad der Gefahr voraussetzen.

Auf den Unterschied zwischen konkreter und abstrakter Gefahr war bereits oben²⁾ hingewiesen worden³⁾. Abzulehnen ist die von K ä ä b - R ö s c h⁴⁾ vertretene Ansicht, daß eine „konkrete Gefahr“ (im Unterschied zur abstrakten) dann vorliege, „wenn in einem nach Zeit und Ort fixierten Einzelfall eine solche unmittelbar“ bevorstehe. K ä ä b - R ö s c h sagen weiter: „In einem solchen Falle ist der schädliche Erfolg mithin wahrscheinlicher als sein Ausbleiben . . . — Der Begriff entspricht etwa dem der ‚dringenden Gefahr‘ im Sinne des Art. 13 Abs. III GG“. Von dieser Formulierung ist für die Unterscheidung von konkreter und abstrakter Gefahr nur der Hinweis von Bedeutung, daß es sich um einen nach Zeit und Ort fixierten Einzelfall handeln müsse, damit eine konkrete Gefahr als vorliegend erachtet werden kann. Wenn das Ausbleiben des schädlichen Erfolges wahrscheinlicher ist, als sein Eintreten, dann besteht mit Sicherheit auch keine abstrakte Gefahr. Das Unterscheidungsmerkmal liegt einzig und allein in der Betrachtungsweise. Im einen Falle generalisierend, abstrahiert von einer konkreten Situation, ausgehend von einem bestimmten Zusammenwirken schadenfördernder und schadenhindernder Bedingungen, von dem sich aussagen läßt, daß es nicht nur jetzt, sondern häufiger vorkommen wird und daß jede Situation, in der ein solches Zusammenwirken zu beobachten ist von vornherein als gefährlich bezeichnet werden muß. Im anderen Falle Prüfung der jeweiligen Sachlage hic et nunc unter Berücksichtigung der gerade jetzt, in concreto, vorliegenden Umstände. Damit ist noch nichts über die erforderliche Nähe des drohenden Schadens oder die Wahrscheinlichkeit seines

¹⁾ Vgl. hier wieder *Scupin*, S. 616.

²⁾ S. S. 14.

³⁾ Vgl. dazu noch *Senger-Kurzmann*, S. 110; *Peters*, S. 377.

⁴⁾ Auf S. 8.

Eintritts ausgesagt. Die Wahrscheinlichkeit des Verletzungseintritts muß nur bei der abstrakten Gefahr generell, vorausschauend für alle gleichgelagerten Fälle, bei der konkreten Gefahr dagegen konkret gegeben sein. Dabei ist es durchaus denkbar, daß eine der Abwehr einer abstrakten Gefahr dienende Verordnung von einer Situation ausgeht, von der angenommen werden muß, daß bei der Erfüllung des Tatbestandes die Schadensverwirklichung schon unmittelbar bevorsteht.

Obwohl der Erlaß einer selbständigen — sich inhaltlich nicht auf eine Spezialnorm sondern auf die polizeiliche Generalklausel stützenden — Verfügung immer nur zur Abwehr einer konkreten Gefahr erfolgen darf, sagen die polizei- und ordnungsrechtlichen Bestimmungen in der Regel bei der einfachen Gefahr noch einmal ausdrücklich, daß sie „im Einzelfall“ vorliegen müsse. Dasselbe gilt aber auch für die gesteigerten besonderen Gefahrenbegriffe, soweit sie in den Rahmen des Themas fallen, auch wenn es hier nicht noch einmal erwähnt wird.

Die das Polizei- und Ordnungsrecht regelnden Ländergesetze formulieren teilweise voneinander abweichend die „einfache Gefahr“, gehen aber in der Regel von der bewährten Vorschrift des § 41 prPVG aus. Allen Bestimmungen ist gemeinsam, daß sie das Substantiv „Gefahr“ ohne Hinzufügung eines Adjektivs gebrauchen¹⁾. Auf diese Tatsache möchte ich schon hier besonders hinweisen, da sie m. E. ein wichtiges Indiz für die Erkennung des Gefahrengrades ist, den ein Gesetz zur tatbestandlichen Voraussetzung macht.

Im einzelnen sind folgende Formulierungen festzustellen:

a) *Die im einzelnen Falle bevorstehende Gefahr*

Im Anschluß an § 10 II 17 ALR sprechen § 41 prPVG, der in den Neufassungen des Gesetzes in den Ländern Nordrhein-Westfalen und Berlin beibehalten worden ist und auch die §§ 6 PolGesHess, 30 Abs. I SOG und 49 Abs. I PVG RhldPf. davon, daß eine Gefahr im Einzelfall „bevorstehen“ müsse, damit der Erlaß einer selbständigen Polizeiverfügung gerechtfertigt sei.

Diese Formulierung könnte zu Irrtümern Anlaß geben. Nach den Erörterungen im 1. Hauptteil wird bei der Prüfung einer Sachlage auf ihre Gefährlichkeit die Frage gestellt, ob diese Situation nach ihrer Beschaffenheit und den Erfahrungen, die mit gleichartigen Situationen bisher gemacht wurden, mit großer Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden führen werde. Es wurde festgestellt, daß die Beziehungen zu einem Schaden, der eintreten kann, eine Sachlage zu einer Gefahr machen. Zu dem Begriff „Gefahr“ gehört also notwendigerweise ein „Bevorstehen“, nämlich das Bevorstehen des Schadens. Versteht man nun in den obigen Gesetzen „Gefahr“ in diesem bisher erörterten Sinne, so ergeben sich zwei Möglich-

¹⁾ Soweit von „drohender Gefahr“ gesprochen wird, handelt es sich, streng genommen, um einen Pleonasmus, da eine Gefahr ja immer eine Bedrohung darstellt. Durch dieses Adjektiv wird also nichts neues ausgedrückt.

keiten. Die erste wäre die, daß den Behörden tatsächlich die Befugnis zugestanden werden soll, bereits dann gegen eine Zivilperson vorzugehen, wenn noch gar keine Gefahr besteht, sondern wenn sie erst bevorsteht. In diesem Falle wäre also nicht nur der Schaden, sondern auch die Gefahr selbst erst in Zukunft zu erwarten¹⁾. Eine solche Auslegung kann aber nicht richtig sein. Die Polizei wird auf Grund der Generalklausel unzweifelhaft immer nur tätig, um Gefahren zu bekämpfen, d. h., wenn ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit besteht, daß ein Schaden entstehen werde. Nur eine Situation, die diese Wahrscheinlichkeit objektiv enthält, heißt Gefahr. Ist eine solche Situation noch gar nicht vorhanden, so kann sie auch nicht bekämpft werden. Wollte man der Polizei das Recht zustehen, einzugreifen, bevor noch überhaupt eine Gefahr besteht, so würde das nur zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen können. Diese Ansicht darf heute auch als allgemein überwunden angesehen werden.

Die zweite Möglichkeit halten Senger-Kurzmann²⁾ und Rietdorf³⁾ für gegeben und führen aus, daß es sich hier um eine „unschöne Tautologie“⁴⁾ handelt, weil ja der „Gefahr“ begrifflich schon das Bevorstehende (nämlich des Schadens) zu eigen sei. Für sie hat also das Adjektiv „bevorstehend“ nicht die Bedeutung, die ihm seinem Sinne nach zukommt. Sie verstehen den Gefahrenbegriff im technischen Sinne und kommen daher zu dem Ergebnis, daß die Gefahr tatsächlich gegeben, der Schaden aber bevorstehen müsse⁵⁾.

Zu demselben Ergebnis kommt eine dritte Meinung auf anderem Wege. Es war bereits oben auf S. 80 ff bei der Untersuchung des strafrechtlichen Gefahrenbegriffs darauf hingewiesen worden, daß das Wort Gefahr entweder die Möglichkeit eines Schadenseintritts bezeichnen kann, oder die Situation, die diese Möglichkeit beinhaltet. Beide Bedeutungen aber sind „im technischen Sinne“ verstanden, d. h. die Gefahr geht der Verletzung voraus. Henckel⁶⁾ weist nun darauf hin, daß in manchen Bestimmungen „Gefahr“ auch gleichbedeutend sei mit Schaden. So z. B. wenn davon gesprochen werde, daß eine Gefahr „sich verwirkliche“, „verhindert werde“ usw.⁷⁾.

Eine solche Auslegung des § 41 prPVG und der gleichlautenden Bestimmungen würde allerdings eine logische Erklärung des zweideutigen

¹⁾ Diese Ansicht vertreten z. B. Schäfer-Wichards-Wille, S. 44 u. PrOVG in RVBl 1931, S. 330 ff.

²⁾ S. 110.

³⁾ S. 29.

⁴⁾ Senger-Kurzmann aaO.

⁵⁾ Weitgehend übereinstimmend Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 8; Franzen, S. 168 zu § 14 prPVG; Drems-Wacke, S. 112 und PrOVG in PrVBl 1927, S. 99.

⁶⁾ S. 16.

⁷⁾ Anders dagegen wenn die „Gefahr droht“. Das Verbum „drohen“ bezeichnet nämlich sowohl einen gegenwärtigen Vorgang — besser bedrohen —, als es auf einen Zustand hinweisen kann, der aus diesem Vorgang entstehen wird. An einem Beispiel erläutert: Der Räuber droht seinem Opfer mit dem Tode. Hier läßt sich sowohl sagen, daß gegenwärtig eine Drohung vorliegt („aus einer Gefahr eine Bedrohung hervorgehe“), als auch, daß der Tod einzutreten drohe. („Aus einer Gefahr ein Schaden zu entstehen drohe“). Die „drohende Gefahr“ stellt also entgegen Henckel keinen schlüssigen Beweis für seine These dar.

Gesetzestext bieten. Es wäre dann statt „bevorstehender Gefahr“ eben „bevorstehender Schaden“ zu lesen, und der eigentliche Begriff der Gefahr als in dieser Weise „übersetzt“ anzusehen¹⁾. Es ist aber zu bedenken, daß der Begriff „Gefahr“ doch mehr beinhaltet als nur einen bevorstehenden Schaden. Aus diesem Grunde muß der Ansicht, daß die obigen Bestimmungen eine Tautologie enthielten, der Vorzug vor der zuletzt genannten Auffassung gegeben und der § 41 prPVG so gelesen werden, als ob er nicht von einer „bevorstehenden“, sondern von einer „bestehenden“ Gefahr spräche²⁾.

b) *Die im einzelnen Falle bestehende Gefahr*

Um die bei § 41 prPVG entstehende Schwierigkeit zu vermeiden, hat das OBG in § 14 das Adjektiv „bevorstehend“ in „bestehend“ umgeändert und dadurch eine Entscheidung im Sinne der obigen Ausführungen gefällt³⁾.

c) *Die Gefahr des Art. 5 Abs. II Ziff. 3 b, c PAG.*

Im Unterschied zu den Polizeigesetzen, die die übrigen Länder nach dem Kriege erlassen haben, hat das Bayerische PAG sich um eine Vermeidung der Generalklausel bemüht. Im III. Abschnitt des Gesetzes sind die Fälle, in denen die Polizeibehörden eingreifen dürfen, soweit wie möglich enumerativ geregelt, ohne daß Raum für Auslegungsfragen in dem Maße wie bei der Generalklausel bliebe. Alle Maßnahmen, die durch die Vorschriften des III. Abschnittes nicht gedeckt sind, richten sich nach Art. 5 Abs. II PAG. Diese Bestimmung stellt sich bei genauerer Prüfung in ihren Grundzügen als eine Auflösung des § 14 PVG dar, wobei die wesentlichen Bedrohungen von Rechtsgütern, die nach der reichhaltigen Rechtsprechung des PrOVG dem Begriff der „Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ unterfallen, jetzt einzeln aufgezählt und genannt sind. So führt Art. 5 Abs. II Ziff. 1 strafbare Handlungen und Art. 5 Abs. II Ziff. 2 Ordnungswidrigkeiten an. Sowohl die Begehung einer strafbaren Handlung als auch einer Ordnungswidrigkeit stellen aber unbestritten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung dar. Art. 5 Abs. II Ziff. 3a gestattet polizeiliches Eingreifen, um verfassungsfeindliche Handlungen zu verbieten und nur Art. 5 Abs. II Ziff. 3 b, c kennen als Tatbestandsmerkmal noch den Gefahrenbegriff⁴⁾.

Ein Blick auf die amtliche Begründung zum prPVG zeigt die Übereinstimmung zwischen dem Text des PAG und der in der Begründung

¹⁾ So Friedrichs, S. 53.

²⁾ Literatur und Rechtsprechung enthalten in der überwiegenden Mehrzahl gar keine klare Entscheidung, sondern nehmen die „Gefahr“ einmal im technischen Sinne und das andere Mal im Sinne von Schaden, wahrscheinlich deshalb, weil das Ergebnis in beiden Fällen doch das gleiche bleibt. Vgl. z. B. Müller-Heidelberg, S. 38, S. 41; Scholz. VArch aaO; PrOVG in PrVBl 1931, S. 131; Altmeyer-De Clerck, S. 109 sprechen sogar davon, daß die Gefahr entweder bereits eingetreten oder bevorstehend sein müsse.

³⁾ Vgl. Senger-Kurzmann, aaO u. Riedorf, aaO.

⁴⁾ Art. 5 Abs. II Ziff. 3b: „Gefahren abzuwehren, durch die das menschliche Leben bedroht wird“. c: „Gefahren abzuwehren oder Störungen zu beseitigen, durch die die Unversehrtheit der Person, die Freiheit, das Eigentum oder der Besitz bedroht oder verletzt werden, soweit dieses im öffentlichen Interesse geboten erscheint“.

getroffenen Definition der „Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“. Bestimmt also die Generalklausel, daß ein Eingreifen der Behörden zur Abwehr von „Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ gerechtfertigt sei und überläßt die Auslegung dieses unbestimmten Gesetzbegriffs Rechtsprechung und Literatur, so nimmt das PAG die Auslegung selbst und setzt sie an Stelle des unbestimmten Begriffes.

Daß es sich bei der Gefahr des Art. 5 Abs. II Ziff. 3b, c PAG um den gleichen besonderen Gefahrenbegriff handeln muß wie z. B. in § 41 prPVG, nämlich um die „einfache Gefahr“, ergibt sich zum ersten daraus, daß das PAG hier das Wort Gefahr ohne Adjektiv gebraucht, während alle Bestimmungen des Gesetzes, die einen gesteigerten Gefahrengrad fordern, einen entsprechenden Zusatz enthalten¹⁾, zum anderen daraus, daß nur die Ermächtigung zu solchen Eingriffen gegeben wird, die stets zur Abwehr einer „einfachen Gefahr“ zugelassen waren. Andere Gründe, die gegen die Annahme eines einfachen Gefahrengrades sprechen, sind nicht ersichtlich²⁾.

d) *Gemeinsames*

Es ist zu prüfen, worin das besondere Merkmal der einfachen Gefahr gegenüber der gesteigerten Gefahr liegt. Das beiden Gefahrenzuständen gemeinsame wurde im bisherigen bereits herausgestellt, nämlich der allgemeine Gefahrenbegriff und die Betrachtung des konkreten Einzelfalles. Demgegenüber wurde festgestellt, daß der Grad der Gefahr mit der Nähe des drohenden Schadens wächst. Läßt sich nun über die mutmaßliche Nähe des Verletzungserfolges bei der einfachen Gefahr überhaupt etwas aussagen, zumindest in der Weise, daß ein „baldiger“ Eintritt dieses Erfolges zu fordern sei?³⁾ Die Nähe des schädlichen Ereignisses ist hier gar nicht Gegenstand der Prüfung und kann es auch nicht sein. Wollte man nicht nur bei der gesteigerten Gefahr, sondern schon jetzt sagen, wie weit die Bedrohung zeitlich fortgeschritten sein muß, damit die Existenz einer Gefahr bejaht werden kann, so käme man nicht mehr mit einer ungefähren Bestimmung aus, etwa in der Weise, daß in einem Falle die Verletzung bald, im anderen noch etwas früher zu befürchten stehen müsse. Eine solche Formulierung würde wegen ihrer Verschwommenheit keine genaue Unterscheidung zwischen einfacher und gesteigerter Gefahr ermöglichen. Diese Differenzierungsmöglichkeit ist aber erforderlich, weil von ihr die Intensität der Rechtseingriffe abhängt, die die Zivilperson zu dulden hat.

Eine Festlegung nach Minuten, Stunden oder Tagen ist ausgeschlossen. Dagegen läßt sich die erforderliche Trennung ohne weiteres durchführen, wenn man die vermutliche Nähe des Schadens nur bei der gesteigerten Gefahr zum Gegenstand der Prüfung macht. Bei der einfachen Gefahr muß das Verletzungsereignis lediglich so nahe sein, daß überhaupt die

¹⁾ Art. 12 PAG: „unmittelbar bevorstehende Gefahr“; Art. 17 PAG: „gegenwärtige Gefahr“
Art. 32 PAG: „unmittelbare Gefahr“.

²⁾ Anders z. B. beim Bundesleistungsgesetz, worüber unten zu sprechen sein wird.

³⁾ So die Mehrzahl der Schriftsteller, vgl. statt vieler: *Drems-Lassar*, S. 27; *Drems-Wacke*, S. 16 ff. u. *Berner*, S. 9, Anm. 5 zu Art. 2.

Merkmale des allgemeinen Gefahrenbegriffes vorliegen. Liegt es aber noch in weiter Ferne, so wird sich wohl niemals das Urteil fällen lassen, daß der Eintritt eines Schadens so sehr wahrscheinlich sei, daß bei verständiger Beurteilung mit diesem Schaden gerechnet werden müsse. Aus der Verpflichtung zu einem solchen Urteil über die gefährliche Sachlage ergibt sich die erforderliche Nähe der Verletzung. Bei der einfachen Gefahr wird die Frage nach der Nähe des Schadens incidenter mit der Frage nach dem Grade der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieses Schadens entschieden¹⁾. Das bedeutet, daß die drohende Verletzung in einen Falle schon kurz bevorstehen muß, damit das Wahrscheinlichkeitsurteil gefällt werden kann, im anderen Falle noch in relativ weiter Entfernung liegen kann, ohne daß das Wahrscheinlichkeitsurteil an der erforderlichen Sicherheit einbüßt. Die Nähe des Schadens ist bei der einfachen Gefahr variabel.

Die einfache Gefahr ist daher nichts anderes, als der auf den Einzelfall angewandte allgemeine Gefahrenbegriff.

§ 9: Die Eingriffe in Grundrechte, die auf Grund der einfachen Gefahr erfolgen können.

Die Abhängigkeit der Intensität der erlaubten Rechtseingriffe vom Grade der Gefahr wirkt sich u. a. dahingehend aus, daß die Polizei- und Ordnungsbehörden beim Bestehen nur einfacher Gefahr Beschränkungen sowohl bezüglich des Personenkreises, gegen den sie vorgehen dürfen, als auch bezüglich der Mittel, die gegen diese Personen angewandt werden können, unterliegen²⁾.

a) Beschränkungen bezüglich des Personenkreises gegen den vorgegangen werden darf: Der Störer.

Zur Abwehr einer einfachen Gefahr darf nur der „Störer“ in Anspruch genommen werden. Das Polizeigesetz BadWü, das den Gefahrenbegriff durch den Begriff „Verletzung“ ersetzt, hat diese Regelung (für den Fall, daß eine „Verletzung von Recht und Ordnung“ droht) ebenso aus dem prPVG übernommen wie die übrigen Polizeigesetze der Länder. Der Begriff des Störers bezeichnet nach bewährter Tradition weiterhin sowohl den für eine menschliche Handlung, als auch den für den Zustand einer Sache Verantwortlichen³⁾. Senger-Kurzmann⁴⁾ weisen darauf hin, daß es besser wäre, von Verhaltens-, statt von Handlungshaftung zu sprechen, da der Begriff der Handlung nur ein willkürliches Verhalten umfasse, wogegen auch das nicht gewillkürte Verhalten eine polizeirechtliche Haftung begründen könne. Dem ist entgegen zu halten, daß die Bezeichnung, „Handlungshaftung“ im Laufe der Polizeirechtsentwicklung zu einem

¹⁾ Im Ergebnis ebenso: *Franzen*, S. 168.

²⁾ Vgl. *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 190; *Scupin* im Handbuch, S. 632 f. und S. 640 f.

³⁾ OVG Münster in MDR, 1952, S. 316.

⁴⁾ S. 120 aaO.

terminus technicus geworden ist, der nur noch geringe Beziehungen zum strafrechtlichen Handlungsbegriff hat. Es besteht also kein Anlaß, von dieser Bezeichnung abzugehen.

Kausal für einen bestimmten Erfolg ist im Polizeirecht, wie in der gesamten Rechtsordnung überhaupt, jedes Verhalten einer Person und jeder Zustand einer Sache, die nicht hinweggedacht werden können, ohne daß dieser Erfolg entfielen. Der herbeigeführte Erfolg ist hier die Gefahr, aus der die Verletzung hervorzugehen droht. War also oben die Frage zu beantworten, ob die bestehende Gefahr Ursache eines künftigen Schadens sein könne — Betrachtung *ex ante* und daher keine sichere Antwort —, so ist hier zu fragen, ob die bestehende Gefahr durch einen bestimmten Vorgang — Handlung oder Zustand — verursacht worden ist. Diese Frage wird durch Betrachtung eines gegebenen Geschehensablaufs *ex post* gelöst und gestattet daher eine sichere Antwort.

Die Feststellung bloßer Kausalität im obigen Sinne kann jedoch nicht genügen um eine polizeiliche Haftung zu begründen. Bekanntlich rechtfertigt sich ja die Anwendung der Äquivalenztheorie im Strafrecht durch das Schuldnerfordernis. Im Polizei- und Ordnungsrecht ist es dagegen nicht nur unbeachtlich, ob den Störer ein Verschulden trifft oder nicht¹⁾, sondern es wird nicht einmal eine Handlung im Sinne einer bewußten und gewollten Veränderung der Außenwelt verlangt²⁾. Als Ausgleich für das Fehlen dieser Voraussetzungen fordert das Polizei- u. Ordnungsrecht, daß die Handlung oder der Zustand bei vorausschauender Betrachtung nach den Erfahrungen, die mit solchen Handlungen oder Zuständen gemacht worden sind, als generell und objektiv geeignet erscheinen müssen, für die Entstehung einer Gefahr ursächlich zu sein. Es scheiden demnach solche Ursachen (im Sinne der Äquivalenztheorie) zur Begründung einer Haftung aus, von denen sich *ex ante* nicht sagen ließe, daß sie zu einer Gefahr führen würden³⁾. Dieses Erfordernis unter Anlehnung an das Zivilrecht dahingehend zu formulieren, daß zwischen Handlung oder Zustand und Gefahr *adäquater* Ursachenzusammenhang bestehen müsse, wie es in Literatur und Rechtsprechung durchweg geschieht, begegnet gewissen Bedenken, auf die oben⁴⁾ bereits hingewiesen wurde. Während nämlich im Polizei- und Ordnungsrecht die Ursächlichkeit des Zustandes oder der Handlung für die Gefahr im voraus positiv erkennbar sein muß, weil nur dann gesagt werden kann, daß generelle und objektive Eignung zur Erzeugung einer solchen Gefahr vorliege, wird im Zivilrecht in aller Regel negativ formuliert, wobei (nur) die Ursachen als nicht haftungsbegründend auszuschließen haben, bei denen die Möglichkeit des Eintritts eines bestimmten Erfolges *ex ante* außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag. Es braucht nicht betont zu werden, daß ein erheblicher Unterschied zwischen beiden Formulierungen besteht, wenn im einen Falle die betreffende

¹⁾ Vgl. *Senger-Kurzmann*, S. 122; *OVG Münster*, in MDR 1952, S. 316; *Bock*, S. 32.

²⁾ Vgl. die Ausführungen bei *Bock*, S. 14, S. 31 ff.

³⁾ Vgl. dazu: *Dreys-Lassar*, S. 61; *Senger-Kurzmann*, S. 121; *Rietdorf*, S. 102; *Müller-Heidelberg*, S. 61; *Berner*, S. 16; *ProVG* 44, S. 418 ff.; *Pomp*, S. 48 ff. (für das Strafrecht).

⁴⁾ S. 20 f.

Ursache generell geeignet sein muß, einen Erfolg herbeizuführen, während sie im anderen nicht im voraus gänzlich ungeeignet erscheinen darf. Dieser Unterschied ist festzuhalten. Im Polizei- und Ordnungsrecht kann nur die engere, positive Formulierung zu gerechten Ergebnissen führen¹⁾.

Sind mehrere Personen an der Verursachung einer Gefahr beteiligt, so taucht für die Polizei- und Ordnungsbehörde die Frage auf, an welche dieser Personen sie sich zu halten haben. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Mehrere Personen verursachen gleichzeitig in haftungsbegründender Weise eine Gefahr. Hier hat die Behörde das Recht, sich nach pflichtmäßigem Ermessen an einen der Störer zu halten. Dabei ist es gleichgültig, ob alle in Frage kommenden Personen wegen einer Handlung polizeipflichtig werden, ob mehrere Miteigentümer für den Zustand einer Sache verantwortlich sind, oder ob Handlungs- und Zustandshaftung zusammentreffen, weil eine oder mehrere Personen den polizei- oder ordnungswidrigen Zustand einer Sache verursacht haben, für die gleichzeitig der Eigentümer oder der Inhaber der tatsächlichen Gewalt haften²⁾.
2. Mehrere Personen sind in der Weise an der Erzeugung einer Gefahr beteiligt, daß sie nicht gleichzeitig, sondern nacheinander eine Ursache setzen. Kausal im Sinne der Äquivalenztheorie ist zwar auch hier jede Handlung und jeder Zustand einer Sache, weil alle als Glied der Ursachenkette erscheinen, die zum Erfolg (der Gefahr) geführt hat; als haftungsbegründend kann im Polizei- und Ordnungsrecht aber nur das letzte Glied dieser Kette angesehen werden, das Glied, das die Gefahrengrenze überschritten, das unmittelbar zur Entstehung einer Gefahr geführt hat. Führt somit das Verhalten der Person A nicht direkt zu einer Gefahr, sondern veranlaßt lediglich die Person B, ihrerseits eine Ursache zu setzen, die die Gefahrengrenze überschreitet, so ist Störer allein B. Jellinek³⁾ unterscheidet daher zwischen Veranlasser und Verursacher⁴⁾. Gerät die Sache A, die sich in ordnungsmäßigem Zustand befindet, erst dadurch in einen polizeiwidrigen Zustand, daß die Sache B hinzutritt, so ist Störer lediglich der für die Sache B Verantwortliche⁵⁾. Die Frage der Unmittelbarkeit wird akut vor allem bei den „Schaufensterfällen“, wenn nämlich ein Geschäftsmann durch Anwendung eines besonders attraktiven Werbemittels eine Menschenansammlung herbeiführt, die die Verkehrssicherheit gefährdet. Wenn die Rechtsprechung hier darauf abstellt, ob die Werbung erfolgt ist,

¹⁾ Demgegenüber lehnt die zivilrechtliche Literatur die positive Formulierung in aller Regel ausdrücklich ab. Vgl. noch einmal *Palandt*, Vorbem. 5c vor § 249 BGB auf S. 196; *Denecke* u. *Oegg* im *RGR-Kommentar*, Vorbem. 3 vor § 249 ff. BGB auf S. 466; *Enneccerus-Lehmann* § 15 auf S. 61.

²⁾ Vgl. für das ältere Recht: *Dreys-Lassar*, S. 60; *ProVG* 26 S. 393 ff.; 33, S. 444 ff.; 45, S. 331; 69, S. 401 f.; 72, S. 277 ff.; 105, S. 229; für das neue Recht: *Senger-Kurzmann*, S. 119; VV zur Durchführung des *OBG* vom 1. Dezember 1956 (*MiBl NRW*, S. 2342) Nr. 35.

³⁾ Gesetz, Gesetzesanwendung, S. 310 f.

⁴⁾ Wobei zu berücksichtigen ist, daß im naturwissenschaftlichen Sinne sowohl A als auch B Verursacher sind.

⁵⁾ Vgl. *Württ.-Bad. Verw. GH* in *DVB1* 1950 S. 475.

gerade um eine solche Menschenansammlung herbeizuführen¹⁾, so greift sie damit auf subjektive Momente zurück und durchbricht damit, streng genommen, den Grundsatz der Unmittelbarkeit, denn die Gefahr besteht darin, daß der reibungslose Ablauf des Verkehrs behindert wird. Das letzte Glied in der Kausalkette, die zu dieser Behinderung geführt hat, haben aber die Schaulustigen und nicht der ausstellende Geschäftsmann gesetzt²⁾.

Bei der Regelung der Handlungs- und Zustandshaftung gehen die neu erlassenen Ländergesetze grundsätzlich von den bewährten Vorschriften der §§ 18 ff prPVG aus³⁾. Abweichungen zeigen nur das PAG und das PolGes BadWü.

Nach § 19 prPVG und den entsprechenden Bestimmungen der Ländergesetze⁴⁾ haftet eine Person nicht nur für ihr eigenes ordnungsmäßiges Verhalten, sondern auch für das Verhalten der ihrer Sorge unterstellten strafunmündigen Kinder oder der wegen Geisteskrankheit oder -schwäche entmündigten oder unter vorläufige Vormundschaft gestellten neben diesen Personen⁵⁾. Die Tatsache, daß auch der Entmündigte und das strafunmündige Kind selbst polizeipflichtig sind, ist ein Beweis dafür, daß im Polizei- und Ordnungsrecht ein Verschulden des Störers irrelevant ist.

Eine Unterlassung steht auch hier dem Handeln gleich, wenn eine Rechtspflicht zum Tätigwerden bestand, deren Verletzung zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung geführt hat⁶⁾. Bock⁷⁾ erachtet eine solche Rechtspflicht immer dann für vorliegend, wenn ohne das Tätigwerden eine unmittelbare polizeiliche (oder ordnungsbehördliche) Gefahr entstehen würde. Eine solche Ansicht würde bedeuten, daß das Erfordernis der Rechtspflicht zum Handeln praktisch nicht anerkannt wird, denn daß auch eine Unterlassung als Ursache unmittelbar zu einer Gefahr geführt haben, und daß diese Kausalität vorhersehbar gewesen sein muß, ist nach dem bisher gesagten selbstverständlich. Die Rechtspflicht zum Handeln ist ein Erfordernis, das darüber hinaus besteht.

§ 20 prPVG regelt die Zustandshaftung in der Weise, daß in erster Linie der Eigentümer einer Sache für deren polizei- oder ordnungsmäßigen Zustand verantwortlich ist. Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Gewalt über die Sache mit dessen Willen aus, so haften beide,

¹⁾ So z. B. *PrOVG* 40, S. 216.

²⁾ Im übrigen sei lediglich auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung verwiesen: *Dreps-Lassar*, S. 62; *Senger-Kurzmann*, S. 126; *Rietdorf*, S. 102; *Müller-Heidelberg*, S. 61; *Reiff*, S. 52; *Berner*, S. 16; *Dreps-Wacke*, S. 85, 91; *Kaufmann*, S. 188; *PrOVG* 78, S. 261; 80, S. 177 (Borkumlied); *OVG Münster* in *MDR* 1952, S. 316 = *OVGE* 5, S. 185 ff.; Bezüglich der Frage der Haftung des Ruineneigentümers vgl. den Aufsatz von *Dundalek*: „Ruineneigentümer und Polizeipflicht“ in *DÖV* 1951, S. 142 ff.

³⁾ Vgl. z. B. *Senger-Kurzmann*, S. 116, 127; *Müller-Heidelberg*, S. 58, 61, 64; *Reiff*, S. 51; *Altmeyer-De Clerck*, S. 79.

⁴⁾ § 17 OBG; § 12 f. PolGesHess.; § 6 SOG; Art. 9 PAG; § 23 f. PVGRHldPf.

⁵⁾ Das *PolGesBadWü* geht in § 6 II noch weiter, indem es den Sorgepflichtigen solange für die Handlungen der seiner Sorge unterstellten Personen haften läßt, wie diese noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet haben.

⁶⁾ *PrVOG* 55, S. 267; *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 191.

⁷⁾ S. 12 aaO.

wenn durch die Sache eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verursacht wird. Wird die tatsächliche Gewalt durch den Dritten gegen den Willen des Eigentümers ausgeübt, so haftet nur der Gewalthaber. Gleiches gilt für den Fall, daß die zuständige Polizeibehörde auf Antrag den Gewalthaber als allein polizei- oder ordnungspflichtig anerkannt hat. Dieser Regelung folgen § 18 OBG; § 14 PolGes Hess.; § 7 SOG; § 25 PVG RhldPf. Textlich abweichend davon ist nach Art. 10 PAG an erster Stelle der Inhaber der tatsächlichen Gewalt verantwortlich. Daneben kann die Polizei aber auch den Eigentümer oder den sonst dinglich Verfügungsberechtigten in Anspruch nehmen, wenn diese Personen damit einverstanden sind, daß ein Dritter die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt. Inhaltlich sagt also Art. 10 PAG das gleiche wie die übrigen Vorschriften.

In § 7 PolGes BadWü ist die Unterscheidung danach, ob der Eigentümer in die Innehabung der tatsächlichen Gewalt durch einen Dritten eingewilligt hat, fallengelassen worden. Hier kann in jedem Falle, entweder der Gewaltinhaber oder der Eigentümer herangezogen werden. Das Gesetz enthält also insofern eine echte Abweichung vom prPVG.

Sowohl der Zustand einer leblosen Sache, als auch der eines Tieres kann eine Polizei- oder Ordnungspflicht begründen. Ausdrücklich gesagt ist das z. B. in § 18 OBG und in Art. 10 PAG.¹⁾

Fehlt dem Eigentümer die Möglichkeit, auf die Sache einzuwirken, z. B. weil sie ihm gestohlen wurde, oder hat er sie derelinquiert, bevor eine Gefahr entstanden ist, so entfällt seine Haftung²⁾. Dagegen kann sich der Eigentümer nicht von der Haftung befreien, indem er auf sein Eigentum verzichtet, nachdem durch die Sache ein Gefahrenzustand herbeigeführt worden ist³⁾.

Unabhängig davon, daß die Ursächlichkeit des jeweiligen Zustandes einer Sache für eine später entstehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eine generell erkennbare sein muß, braucht der Zustand selbst nicht durch ein von der Person des Störers abhängiges oder durch ein voraussehbares Ereignis herbeigeführt worden zu sein. Auch der durch höhere Gewalt oder einen sonstigen Zufall verursachte Zustand macht polizei- oder ordnungspflichtig⁴⁾.

Gehen die Polizei- und Ordnungsbehörden zur Bekämpfung einer einfachen Gefahr gegen eine Zivilperson vor, so haben sie sich an diejenigen zu halten, für die eine Handlungs- oder Zustandshaftung im oben erörterten Sinne begründet ist. Gegen alle übrigen Personen ist ein Einschreiten ausgeschlossen.

¹⁾ Vgl. auch *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 191.

²⁾ Vgl. *Müller-Heidelberg*, S. 65.

³⁾ Beispiel: Ein Kraftwagen gerät auf vereiseter Straße ins Schleudern und kommt zum Stehen nachdem er völlig zerstört ist, wobei er die Fahrbahn weitestgehend blockiert. Derelinquiert der Eigentümer jetzt, so kann das seine Zustandshaftung nicht beseitigen.

⁴⁾ *Drems-Wacke*, S. 87.

- b) *Die Mittel, deren sich die Behörden bei der Abwehr einer einfachen Gefahr gegenüber einer Zivilperson bedienen dürfen.*

aa) Die Bedeutung des Art. 2 Abs. I GG für die Gefahrenabwehr.

Die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch Einschreiten mit zwangsverbindlichen Ge- oder Verboten gegenüber einer Zivilperson wirft für die Polizei- und Ordnungsbehörden in aller Regel die Frage auf, ob sie nicht in unzulässiger Weise in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen. Diese Frage birgt ihrerseits zwei weitere Fragen:

1. Wann nimmt die Behörde überhaupt einen „Eingriff“ in Grundrechte vor, in der Weise, daß sie den grundrechtlich geschützten Bereich im Einzelfall verkleinert?
2. Welche dieser Eingriffe in Grundrechte sind zur Abwehr einer „einfachen“ Gefahr rechtmäßig?

Die Beantwortung der ersten Frage hängt davon ab, ob und gegebenenfalls welche Grenzen der Grundrechte als von vornherein bereits bestehend anerkannt werden. Sieht man diese Grenzen als durch die einzelnen Artikel des GG abschließend gezogen an, so würde das zu dem Ergebnis führen, daß die Polizei- und Ordnungsbehörden bei ihrer gefahrenabwehrenden Tätigkeit in jedem Falle alle die Grundrechte unangetastet lassen müßten, die keinen speziellen Gesetzesvorbehalt aufweisen, wie z. B. Art. 4 GG. Darüber hinaus dürfte in die übrigen Grundrechte auch gegenüber einem Störer nur dann eingegriffen werden, wenn ein ermächtigendes Gesetz das einzuschränkende Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. I S. 2 GG ausdrücklich nennt¹⁾. Die Möglichkeiten der Behörde, zur Gefahrenabwehr auch Zivilpersonen heranzuziehen, wären in diesem Falle nur beschränkt. Zu einem größeren Spielraum gelangt dagegen derjenige, der dem Art. 2 GG eine besondere Stellung im Katalog der Grundrechte einräumt und ihm die Funktion beilegt, die bereits durch die einzelnen Artikel des GG gezogenen Grenzen der Grundrechte allgemein einzuengen.

Die Bedeutung des Art. 2 GG ist auch heute noch, besonders in seiner Auswirkung auf das Polizeirecht, heftig umstritten. Die h. M. läßt sich am besten dahingehend wiedergeben, daß der Art. 2 GG als *lex generalis* gegenüber allen nachfolgenden Grundrechten anzusehen sei, und daß die freie Entfaltung der Persönlichkeit selbst ein Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts darstelle²⁾. Diese Ansicht besagt zweierlei:

1. Die Grundrechte der Art. 2 Abs. II ff. GG sind Konkretisierungen des allgemeinen Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Ausfluß dieses Rechts. Als *leges speciales* gehen sie dem Art. 2 GG vor. Nur

¹⁾ Die Ansicht v. Mangoldt-Kleins, S. 547, daß es sich bei Art. 19 Abs. I S. 2 GG entgegen dem Gesetzeswortlaut nur um eine *Sollbestimmung* handele, wird von der weitaus h. M. abgelehnt; vgl. Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 19 auf S. 5 und die dort angeführten Zitate. Ihr ist deshalb nicht beizutreten, weil sie den Sinn der Klausel des Art. 19 Abs. I S. 2 GG illusorisch machen würde. Die Beratungen des Parlamentarischen Rates zeigen die Absicht, den Gesetzgeber zu zwingen, sich in jedem Falle, in dem er den Eingriff in ein Grundrecht gestattet, über die Erteilung einer solchen Ermächtigung klar zu werden.

²⁾ Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 auf S. 5 und die Zitate unter Anm. 1 sowie BVerfGE 6/32; a. A. z. B. v. Mangoldt-Klein, S. 167 unter b.

soweit den Einzelgrundrechten keine besonderen Regelungen des rechtlich geschützten Bereichs beigelegt sind, greift Art. 2 GG Platz, in diesem Falle jedoch auch bezüglich der in Art. 2 Abs. I enthaltenen Schranken.

2. Art. 2 GG hat außerdem insoweit selbständige Bedeutung, als eine Konkretisierung des Freiheitsrechts nicht getroffen wurde, d. h. als sog. „Auffangrecht für unbenannte Freiheiten“¹⁾. Er enthält insofern eine Generalklausel, als er der Erkenntnis entspringt, daß eine lückenlose Einzelaufzählung nie möglich sein wird.

Die Frage, ob das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ein Grundrecht im obigen Sinne darstellt, ist hier ohne Bedeutung; auch nach der diese Frage verneinenden Ansicht v. Mangoldt-Kleins²⁾ stehen „sämtliche Freiheitsrechte des Grundgesetzes unter dem stets wirksamen Aspekt der freien Entfaltung der Persönlichkeit“³⁾. v. Mangoldt-Klein erklärt⁴⁾ selbst mit Recht, daß diese Frage für die „sachliche Problematik des Verhältnisses von Art. 1 Abs. I zu Art. 2 Abs. I sowie beider zu den folgenden Grundrechtsbestimmungen, . . . ohne Bedeutung . . .“ sei.

Von grundlegender Bedeutung ist dagegen die Frage, in welchem Verhältnis das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit selbst und vor allem die diesem Recht in Art. 2 Abs. I, Halbsatz 2 beigegebenen Schranken zu den nachfolgenden Grundrechten stehen. Die richtige Lösung dieser Frage scheint mir die von Dürig⁵⁾ erschöpfend ausgeführte⁶⁾ zu sein.

Art. 2 GG enthält die Positivierung der Entscheidung des Verfassungsorgans gegen eine schrankenlose Freiheit. Dieser Satz sollte nicht bestritten werden, wenn man bedenkt, daß der Staat, der Freiheitsrechte garantiert, den Bestand dieser Rechte nur gewährleisten kann, solange er selbst besteht. Hemmungslose Freiheit gegen den Staat macht aber dessen Existenz fraglich. Es müssen daher von vornherein Schranken der Freiheit bestehen, die den Staat und die menschliche Gesellschaft als Gewährleister der Freiheitsrechte und damit als Rückwirkung wider diese Rechte selbst schützen⁷⁾.

Die Anerkennung dieser, dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vorgegebenen Schranken wirkt sich in folgender Weise aus.

aa) Da alle Freiheitsrechte nur Ausfluß des Rechtes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sind⁸⁾, kann aus diesem beschränkten Recht kein

¹⁾ Maunz-Dürig, Art. 2 auf S. 7.

²⁾ S. 164.

³⁾ Zitiert nach Peters, H., „Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel“ in Laun-Festschrift 1953, S. 674.

⁴⁾ Im 3. Abs. der S. 164.

⁵⁾ Maunz-Dürig, bei Art. 2, S. 3 ff.

⁶⁾ Und heute nur noch wenig bestrittene: vgl. z. B. Scholtissek, S. 563 und v. Mangoldt-Klein, S. 163 ff.; jetzt wohl auch Scheuner, „Das Grundrecht der Berufsfreiheit“ in DVBl 1958, S. 845; Eschenburg, S. 423.

⁷⁾ Maunz-Dürig, Art. 2, auf S. 5, unter bb; S. 10; 59; 62; 68; BVerwG in DVBl 1954, S. 259; Wertenbruch, in DVBl 1958, S. 485; Reiff, S. 45.

⁸⁾ a. A. Scheuner, DVBl 1958, S. 845, der sich zur Stützung seiner Ansicht m. E. zu Unrecht auf BVerfGE 6, S. 32 beruft, eine Entscheidung, die über das Verhältnis des Art. 2 zu den anderen Grundrechten nichts aussagt.

unbeschränktes spezielles Recht entspringen. Sofern die dem Art. 2 Abs. I GG folgenden Grundrechte keine Schranken aufstellen, ist daraus also nicht der Schluß zu ziehen, daß es sich hier um schrankenlose Rechte handele.

bb) Die Art. 2 Abs. II ff. GG sind gegenüber dem Art. 2 Abs. I GG *leges speciales*, gehen diesem also vor. So wie der Art. 2 Abs. I GG lückenfüllend wirkt, indem er ein Auffangrecht für unbenannte Freiheiten enthält, so wirkt er auch bezüglich der Schranken des Art. 2 Abs. I Halbsatz 2 GG lückenfüllend, d. h. er kann nur da Platz greifen, wo das spezielle Gesetz nicht ausdrücklich eine andere Regelung trifft.

Dieses Ergebnis läßt sich an Beispielen verdeutlichen. Art. 4 GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Trotzdem kann es nach dem oben ausgeführten keinen hemmungslosen Gebrauch der Religionsfreiheit geben. Wird der Gesetzgeber im Rahmen der selbstverständlichen, dem Freiheitsrecht vorgegebenen Schranken tätig, so braucht er den fehlenden Gesetzesvorbehalt nicht zu beachten ¹⁾.

Dagegen hat die Grundentscheidung des Art. 2 Abs. I Halbsatz 2 GG keine Bedeutung z. B. für Art. 5 und Art. 13 GG. Hier trifft das Spezialgesetz eine der *lex generalis* vorgehende Sonderregelung. Art. 5 Abs. II GG gewährt das Recht der freien Meinungsäußerung nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze und schränkt dieses Recht damit weitergehend ein, als es durch die Grundentscheidung geschehen ist, die nur gewisse unbedingt erforderliche Schranken anerkennt. Hingegen erweitert Art. 13 Abs. III GG das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, indem er besonders strenge Mindestvoraussetzungen für einen Eingriff aufstellt.

Begreift man das Verhältnis des Art. 2 Abs. I GG zu den nachfolgenden Grundrechten in dieser Weise als das einer *lex generalis* zu *leges speciales* mit subsidiärem Eingreifen der generellen Regelung, so erledigt sich auch das von Zeidler ²⁾ zur Begründung seiner ablehnenden Meinung vorgetragene Argument aus Art. 13 Abs. III GG, soweit er darauf hinweist, daß Art. 2 Abs. I GG für Maßnahmen nach Art. 13 Abs. III Halbsatz 2 GG nicht ausreicht. Diesem Hinweis kann nur zugestimmt werden, ja er ist sogar ein wesentliches Indiz für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht. Dagegen beruht die Behauptung, der Art. 13 Abs. III Halbsatz 1 GG sei hiernach überflüssig, weil „Rechte anderer“ in Frage stünden, auf einer Verkennung der hier verwandten besonderen Gefahrenbegriffe, worauf noch einzugehen sein wird ³⁾. Die Stellung des Art. 2 Abs. I als *lex generalis* gegenüber den nachfolgenden Grundrechten führt nicht nur zu dem Ergebnis, daß die Zivilperson dann, wenn ihr Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unbenannt geblieben ist, dieses Recht aus Art. 2 GG entnimmt, sondern auch, daß alle positiv genannten Schranken der Grundrechte den allgemeinen Schranken des Art. 2 Abs. I GG vorgehen.

¹⁾ Vgl. Maunz, S. 90: „Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken“.

²⁾ In NJW 1954, S. 1068.

³⁾ Die gleiche Meinung wie Zeidler vertreten: Beyer in seiner Anm. zu einer BGH-Entscheidung in NJW 1954, S. 713; Krüger, S. 202; Mayer, S. 220 f. und BGH in DVBl 1953, S. 471.

Wurde im bisherigen die Frage untersucht und bejaht, ob es überhaupt sämtlichen Grundrechten vorgegebene Schranken gibt, so ist weiter zu fragen, welches diese Schranken sind und wie weit sie gehen. Die Antwort darauf kann m. E. konsequenterweise nur die in Art. 2 Abs. 1 GG aufgezählten drei Rechtsgüter nennen, denn wenn man anerkennt, daß Art. 2 Abs. 1 GG die Entscheidung des Verfassungsgebers gegen eine Gewährung schrankenloser Freiheiten enthält, dann können die vorgegebenen Schranken nur durch Interpretation der im Gesetz selbst genannten gefunden werden. Jedes Grundrecht würde seine Grenze demnach dort finden, wo es gebraucht wird, um die Rechte anderer, das Sittengesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung zu gefährden, es sei denn, das Gesetz selbst stellte eine Sonderregelung auf. Wenn Dürig¹⁾ ausführt, daß es unzulässig sei, jedes Grundrecht in demselben Maße einem Verfassungsvorbehalt zu unterwerfen, „wie er für Art. 2 Abs. 1 entwickelt wurde“, so ist dem zuzustimmen, soweit hier Art. 2 Abs. 1 als Normierung eines Auffangsrechts verstanden wird. Soweit Art. 2 Abs. 1 selbständige Bedeutung als Freiheitsrecht neben den benannten Grundrechten hat, kommt jedoch den drei unbestimmten Gesetzesbegriffen eine weite Auslegung zu. Diese Auslegung ist enger für Art. 2 Abs. 1 als „Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanenter Grundrechtsschranken“²⁾. Für beide Funktionen des Art. 2 Abs. 1, die als selbständiges Recht und die als Auslegungsvorschrift für die folgenden, aus ihm fließenden Grundrechte, gilt also die Schranke der „Rechte anderer“, des „Sittengesetzes“ und der „verfassungsmäßigen Ordnung“. Die Auslegung ergibt aber, daß diese Begriffe im ersten Falle eine weitere, im zweiten eine engere Bedeutung haben. Der Grund für diese unterschiedliche Auslegung ist darin zu suchen, daß die benannten Grundrechte als Spezialgesetze die ihnen beigegebenen Schranken in erster Linie selbst enthalten, während Art. 2 Abs. 1 nur lückenfüllend Platz greift. Ein fehlender Gesetzesvorbehalt bedeutet also bereits eine Entscheidung. Art. 2 Abs. 1 erläutert nur die Tragweite dieser Entscheidung. Dagegen ist Art. 2 Abs. 1 für unbenannte Freiheitsrechte selbst Träger des Rechts. Hier hat er also primäre und nicht nur lückenfüllende Bedeutung, enthält daher alle Schranken selbst und bietet nicht nur eine Interpretationsvorschrift. Nichts anderes sagt im Ergebnis Dürig³⁾, da er ja nur von dem für Art. 2 als selbständigem Auffangsrecht entwickelten Schrankentrias spricht. Er kommt zu dem hier gefundenen Ergebnis aber nicht auf dem Wege der Auslegung der drei Begriffe, sondern indem er in diesen Begriffen gewisse Grundwerte zum Ausdruck kommen sieht, eine Methode, die auch eine unterschiedliche Auslegung der Bestimmung ermöglicht, je nachdem, welche Funktion im Einzelfall gemeint ist.

Die aufsehenerregende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 6, S. 32 = NJW 1957, S. 297 hatte sich mit dem unbenannten

¹⁾ Maunz-Dürig, Art. 2 auf S. 55.

²⁾ Maunz, S. 90.

³⁾ Maunz-Dürig, auf S. 59 f. bei Art. 2: „Von einer unmittelbaren Übertragung der für das selbständige Auffangsrecht des Art. 2 Abs. 1 entwickelten Schrankentrias — insbesondere des Begriffsinhalts der „verfassungsmäßigen Ordnung“ — auf alle Grundrechte ist keine Rede“.

Grundrecht der Auswanderungsfreiheit zu befassen, behandelte den Art. 2 Abs. I GG also in seiner Funktion als selbständiges Auffangrecht. Nur für diese Funktion wurde festgestellt, daß die „verfassungsmäßige Ordnung“ mit der der „Verfassung gemäßen Rechtsordnung“ identisch sei. In dieser Entscheidung wird also nichts darüber ausgesagt, wie der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung auszulegen sei, soweit er als Schranke der benannten Freiheitsrechte wirkt. Dürig¹⁾ wendet sich gegen die vom BVerfG vorgenommene Auslegung auch für die Auffangrechtsfunktion des Art. 2 Abs. I, eine konsequente Folge für jeden, der nur eine Auslegung des Schrankentrias des Art. 2 Abs. I zuläßt und mit der ganz überwiegenden Meinung eine Gleichsetzung der verfassungsmäßigen Ordnung und der allgemeinen Rechtsordnung ablehnt²⁾.

Wurde im vorherigen festgestellt, daß jedes nicht ausdrücklich anderweitig geregelte Grundrecht von vornherein nur so weit reicht, wie nicht die Rechte anderer, das Sittengesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung gefährdet werden, so ist für das Polizei- und Ordnungsrecht insbesondere weiter zu fragen, ob damit gleichzeitig eine Entscheidung gegen jeden Gebrauch des Grundrechts gefallen ist, der zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung führt.

Dürig³⁾ bejaht diese Frage, weil die „öffentliche Sicherheit oder Ordnung vom Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung mit umfaßt sei⁴⁾. Zur Begründung seiner Ansicht geht Dürig nur vom Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung aus und bringt drei Argumente, die hier in Stichworten wiedergegeben werden sollen.

1. Ohne die öffentliche Ordnung und Sicherheit im polizeirechtlichen Sinne gibt es keine verfassungsmäßige Ordnung. Diese ist allerminde-

¹⁾ Maunz-Dürig, Art. 19 unter d.

²⁾ Obgleich hier über die Stellung des Art. 2 GG zu den übrigen Grundrechten expressis verbis nichts gesagt ist, hat das ausführliche „Apothekenurteil“ (BVerfGE 7, S. 377 ff.) eine im einzelnen noch nicht zu übersehende Bedeutung für die Betrachtung der Grundrechte überhaupt. Vgl. die Aufsätze von Scheuner in DVBl 1958, S. 845 ff.; Kraemer, „Die präjudizierende Bedeutung des Apothekenurteils“ in DVBl 1958, S. 850 ff. und die Besprechung von Bachof in JZ 1958, S. 468 ff.

³⁾ „Art. 2 und die Generalermächtigung . . .“

⁴⁾ Gleicher Meinung sind: Altmeyer-De Clerck, S. 79 und 134 f.; Sieg, „Das Recht der Gewerbezulassung und Art. 12 Grundgesetz“ in DVBl 1950, S. 197 ff. (S. 199); Nebinger, „Asthma“ in DÖV 1953, S. 626 ff. (S. 629); Senger-Kurzmann, S. 117 f.; Reiff, S. 51; Drews-Wacke, S. 81 f. vgl. auch Dürig, in seiner Erwiderung auf die Kritik Beyers und Zeidlers in NJW 1954, S. 1394 f.; „Nochmals zur Problematik von Art. 2 Abs. I GG“. Müller-Heidelberg widerspricht sich, indem er auf S. 26 sagt: „Die verfassungsmäßige Ordnung ist nicht identisch mit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ und weiter ausführt, daß zwar ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung in der Regel auch die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verletze, nicht aber umgekehrt. Diese Ausführungen berechtigen zu dem Schluß, der Verfasser erachte die verfassungsmäßige Ordnung als in der öffentlichen Sicherheit und Ordnung enthalten; demgegenüber wird auf S. 62 unter Nr. 2 gesagt: „Auch die Grundrechte können sich nur entfalten, soweit die öffentliche Sicherheit und Ordnung gewährleistet ist. Die Maßnahmen der Verwaltungs- und Polizeibehörden gegen den Störer dienen der Wiederherstellung dieser Ordnung und sind daher keine Einschränkung der Grundrechte“. (Ebenso auf S. 69). Rietdorf, S. 101 hält die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom Begriff der Rechte anderer mit umfaßt.

stens auch ein Zustand der Gesellschaft, in dem Störungen beseitigt und Gefahren abgewehrt werden.

2. Die Reaktionstendenz der Gesellschaft gegen Störungen ihrer Lebensordnung ist ein Reale der Rechtsgestaltung, das also von der Verfassung, selbst bei scheinbarem Schweigen, nicht ignoriert werden konnte.
3. Die Lehre von der Natur der Sache ergibt, daß die unter 2. zitierte Reaktionstendenz der Gesellschaft gegen Störungen (die „Sache“) den Sinn (die „Natur“) hat, daß die bestehende Lebensordnung der Gesellschaft aufrecht zu erhalten ist.

Es ist offensichtlich, daß die Argumente zu 2. und 3. sich von selbst erledigen, wenn das Argument zu 1. fällt. Daß es aber überhaupt eine Reaktionstendenz der Gesellschaft gegen Störungen ihrer Lebensordnung in diesem Ausmaß gibt, wird durch Satz 1. nicht bewiesen, sondern nur behauptet. Wenn andererseits die Sätze 2. u. 3. auf Satz 1. basieren, dann sind auch sie nicht geeignet, die Richtigkeit dieses Satzes zu beweisen. Daß Dürig tatsächlich den Beweis nicht geführt hat, daß die verfassungsmäßige Ordnung den Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung mit umfaßt, zeigen seine folgenden Ausführungen¹⁾: „Eine Auslegung der spezifischen rechtlichen Ordnungsaussage ‚verfassungsmäßig‘ ergibt somit, daß mit ihr bereits ein Ordnungszustand des gesellschaftlichen Zusammenlebens als ‚gegeben‘ vorausgesetzt wird. Da aber jener Zustand des gesellschaftlichen Zusammenlebens nichts anderes ist, als der im polizeirechtlichen Gewand erscheinende Zustand der ‚öffentlichen Ordnung und Sicherheit‘, umschließt der Begriff der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ incidenter auch den Begriff der ‚öffentlichen Ordnung und Sicherheit‘“. Die Richtigkeit des ersten Satzes dieser These wird derjenige nicht bestreiten können, der, wie hier geschehen, in Art. 2 Abs. 1 GG eine Entscheidung gegen eine schrankenlose Freiheit zum Ausdruck kommen sieht. Damit ist aber nicht gesagt, wogegen die Gesellschaft in Abwehrtendenz reagiert und wie weit diese Tendenz geht. Richtet sie sich nur gegen schwere Störungen, die das Gefüge des Staates als solchen erschüttern, oder auch schon gegen geringfügige Ordnunggefährdungen? Der zweite Satz läßt sich daher aus dem ersten nicht mit Notwendigkeit folgern und stellt deshalb nur eine These dar.

Diese These kann widerlegt werden durch eine Betrachtung nicht des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung allein, sondern in Zusammenschau mit dem schon entwickelten Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und der Begriffe der Rechte anderer und des Sittengesetzes. Es muß hier vorab noch einmal darauf hingewiesen werden, daß die unbestimmten Gesetzesbegriffe des Polizeirechts und damit auch die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Laufe der Entwicklung, vor allem durch die Rechtsprechung des ProVG, eine feste Umgrenzung erfahren haben, die heute als allgemein anerkannt und unbestritten gelten kann. Von dieser Auslegung will auch Dürig nicht erkennbar abweichen. Es ist daher erlaubt, die oben²⁾ bereits erörterte Definition der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den folgenden Ausführungen zugrunde zu legen.

¹⁾ aaO, S. 74.

²⁾ S. 27 ff.

Geht man an das Problem von dieser Seite, mit einer Betrachtung der einzelnen Begriffe, heran, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die Auffassung Dürigs, der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung umfasse den der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, nicht haltbar ist.

aa) Der Begriff der öffentlichen Ordnung umfaßt den Inbegriff der Normen, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen an diesem Ort als unentbehrliche Voraussetzungen für ein gedeihliches Zusammenleben der Gesellschaft angesehen werden muß. Gegenüber dieser Betrachtung des zeitlich und örtlich Verschiedenen stellt das GG auf die allgemeinen, überall in seinem Geltungsbereich gültigen Regeln ab. Das Sittengesetz des Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG umfaßt also nur die für alle geltenden ethischen Grundregeln. Es dürfte demnach nicht zu bestreiten sein, daß den hier zitierten „ethischen Anschauungen“ im Rahmen der öffentlichen Ordnung zumindest auch das Sittengesetz des Art. 2 Abs. 1 GG unterfällt. Die Zahl der Regeln, die überall gelten, ist kleiner als die Zahl der Regeln, die örtlich differieren. Ein Verstoß gegen dieses Sittengesetz ist also immer auch ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung. Wenn aber die öffentliche Ordnung bereits von der verfassungsmäßigen Ordnung umfaßt wäre, so wäre die Nennung des Sittengesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG eine überflüssige Wiederholung, da jede Gefahr für das Sittengesetz auch die verfassungsmäßige Ordnung gefährden würde¹⁾.

bb) Gleiches läßt sich ausführen für die „Rechte anderer“ in Art. 2 Abs. 1 GG. Zumal wenn man diesen Begriff so eng faßt, daß man nur „subjektive (öffentliche und private) Rechte im spezifischen Sinne und (nicht bis zum subjektiven Recht verdichtete) subjektive Rechtsstellungen“²⁾ darunter zählt³⁾, gehört die Beachtung dieser Rechte anderer sicherlich zu den nach den sozialen Anschauungen unentbehrlichen Mindestvoraussetzungen eines gedeihlichen Zusammenlebens. Gesellschaftliches Leben ist nur da möglich, wo niemand seine eigenen Rechte so ausweitet, daß die Rechtsstellung seiner Mitbürger unerträglich eingengt wird. Da der polizeirechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung wieder auf die zeitlichen und örtlichen Besonderheiten abstellt, also nicht nur die allgemein geltenden Regeln berücksichtigt, muß auch hier der Begriff der „Rechte anderer“ als der engere, als von der „öffentlichen Ordnung“ umfaßt, angesehen werden. Es gilt daher hier das gleiche wie für das Sittengesetz. Würde die verfassungsmäßige Ordnung die öffentliche Sicherheit oder Ordnung mit umfassen, so hätten die „Rechte anderer“ nicht genannt zu werden brauchen⁴⁾.

¹⁾ Vgl. Müller-Heidelberg, S. 26; Reiff, S. 45, insbesondere auch die Ausführungen Maunz-Dürigs zu Art. 2 auf S. 17 f., Rand-Nr. 16, wo „auf das sittliche Bewußtsein unserer Rechtsgemeinschaft“ abgestellt wird. Wenn v. Mangoldt-Klein, S. 185, sich dagegen wendet, den Begriff des Sittengesetzes „so realistisch zu bestimmen“, wie den Begriff der „öffentlichen Ordnung“, so wird damit nur gesagt, daß das Sittengesetz der engere Begriff sei, nur das umfasse, was Allgemeingut unseres Rechtskreises ist, also eine Identität beider Begriffe, nicht aber das Enthaltensein des engeren in dem weiteren abgelehnt.

²⁾ Hans J. Wolff, zitiert bei v. Mangoldt-Klein, S. 177, ohne Angabe der Fundstelle.

³⁾ Vgl. auch Reiff, S. 45 u. Maunz-Durig, Art. 2, S. 15 f.

⁴⁾ Durig selbst wendet sich in JZ 1957, S. 171 f., dagegen, daß die „Rechte anderer“ und das „Sittengesetz“ überflüssige Wiederholungen seien.

cc) Das wesentlichste Argument gegen die Auffassung Dürigs ergibt sich aber aus einem Vergleich des Begriffes der verfassungsmäßigen Ordnung mit dem der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Die verfassungsmäßige Ordnung ist nicht identisch mit der allgemeinen Rechtsordnung¹⁾. Dieser Satz darf heute, jedenfalls soweit Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Funktion als Auslegungsvorschrift für die immanenten Schranken der nachfolgenden Grundrechte in Frage kommt²⁾, als unbestritten gelten. Es würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen, die Problematik des Begriffes bis in alle Einzelheiten zu erörtern; es soll daher nur darauf hingewiesen werden, daß derjenige, der alle Grundrechte nur als so weit reichend ansieht, wie sie nicht die verfassungsmäßige Ordnung gefährden, nicht diesen Begriff dem der allgemeinen Rechtsordnung gleichsetzen kann, ohne zu dem Ergebnis zu kommen, daß alle Grundrechte nur „nach Maßgabe der Gesetze“ gelten.

Wesentlich für die Widerlegung der Dürigschen These ist hier vor allem, daß Dürig selbst der h. M. beitrifft, wenn er³⁾ ausführt: „ . . . muß doch wohl das Adjektiv ‚verfassungsmäßig‘ im Begriff der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ einen spezifischen Teil unserer Rechtsordnung meinen“.

Nun stellt aber jeder Bruch einer Norm zumindest der öffentlichen Rechtsordnung, sofern diese Norm Abwehrfunktion hat, einen Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit dar⁴⁾. Es ist klar, daß mit dieser Feststellung, die zum Allgemeingut des Polizeirechts geworden ist⁵⁾, eine der beiden Behauptungen Dürigs hinfällig wird. Wenn die verfassungsmäßige Ordnung die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit umfaßt, dann ist auch jeder Verstoß gegen die allgemeine Rechtsordnung im obigen Sinne ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung, weil die öffentliche Sicherheit mit jedem Gesetzesbruch verletzt wird. Ja, es ließe sich nicht einmal sagen, daß die verfassungsmäßige Ordnung mit der allgemeinen Rechtsordnung identisch sei, sie müßte sogar noch weiter reichen, denn zwar verstößt jeder Normenbruch gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, nicht aber stellt jede Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung auch einen Verstoß gegen die allgemeine Rechtsordnung dar. Die von der h. M. vorgebrachten Gründe gegen eine Gleichsetzung

¹⁾ So die überwiegende Meinung: vgl. z. B. H. J. Wolff, Lehrbuch, § 33 V a 2 auf S. 153; Reiff, S. 54 Anm. 10a; Maunz-Dürig, S. 19 ff.; v. Mangoldt-Klein, S. 181; Ueber, S. 63; Hammann in seiner Bemerkung zum Urteil des BVerfG. vom 16. Januar 1957, BVerfGE. 6, S. 32 in BB 1957, S. 250. Vgl. auch die Kontroverse Hammann-Zeidler in BB 1957 S. 342 ff.; BGH in DVBl 1953, S. 471.

²⁾ Anders für Art. 2 Abs. 1 als selbständiges Auffangrecht für unbenannte Freiheiten, vgl. BVerfGE 6, S. 32; s. auch Ipsen, S. 26; Wernicke im Bonner Kommentar, Art. 2, II, 1 b, vertritt die Ansicht, daß die verfassungsmäßige Ordnung in jedem Falle mit der allgemeinen Rechtsordnung identisch sei.

³⁾ In JZ 1957, S. 169 ff. auf S. 171 f.

⁴⁾ Vgl. Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 117 unter 8 b.

⁵⁾ Es ist mir nicht gelungen, eine ablehnende Meinung zu finden. Auch die Auffassung Maunz-Dürigs, Art. 2 S 71, Anm. 1, stellt ja nur die selbstverständliche Einschränkung dieses Satzes klar.

der verfassungsmäßigen Ordnung mit der allgemeinen Rechtsordnung sind¹⁾ überzeugend. Dagegen hat Dürig, wie bereits ausgeführt, keine stichhaltigen Argumente für seine Ansicht über das Verhältnis der Begriffe „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ und „verfassungsmäßige Ordnung“ zueinander gebracht. Ich halte daher seine diesbezügliche These für nicht richtig²⁾.

Die Ablehnung der These, die verfassungsmäßige Ordnung umfasse die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne bedeutet nicht unbedingt auch eine Ablehnung der Auffassung, daß jedes Grundrecht eine Schranke da finde, wo es zur Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gebraucht wird. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung könnte ja bestimmt sein durch den Inhalt aller drei im Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG aufgeführten Schranken, in der Form, daß Wahrung des Sittengesetzes, der Rechte anderer und der verfassungsmäßigen Ordnung zusammen die öffentl. Sicherheit und Ordnung ausmachen. Aber auch diese Ansicht läßt sich nicht halten. Öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung umfassen vielmehr die drei Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG³⁾, gehen aber noch darüber hinaus. Ihr Inhalt ist durch diese drei Begriffe nicht erschöpfend wiedergegeben⁴⁾.

1. Wie bereits festgestellt, berücksichtigt das Polizei- u. Ordnungsrecht bei der Registrierung der sozialen und ethischen Auffassungen, die den Inhalt der „öffentlichen Ordnung“ bestimmen alle örtlichen und zeitlichen Verschiedenheiten. Das GG stellt dagegen auf die allgemeinen, an jedem Orte in seinem Geltungsbereich gültigen Werte ab, läßt also die nur lokal bedeutsamen Ordnungsnormen außer Betracht. Schon hier reicht also der durch die öffentliche Sicherheit und Ordnung geschützte Bezirk weiter, als der von den drei Werten in Art. 2 Abs. 1 GG umfaßte.

2. Jeder Verstoß gegen das Sittengesetz, gegen die Rechte eines Anderen (Gleichberechtigten, Art. 3 GG) oder gegen die verfassungsmäßige Grundordnung stellt in der Regel auch einen Verstoß gegen positive Normen der allgemeinen Rechtsordnung dar. Nicht aber umgekehrt. Für die verfassungsmäßige Ordnung wurde das bereits ausgeführt. Nichts anderes gilt aber auch für die beiden anderen Werte. Der Bruch z. B. eines Strafgesetzes braucht nicht unbedingt in jedem Falle auch einen Verstoß gegen das Sittengesetz mit sich zu bringen⁵⁾ oder die Rechte anderer zu verletzen. Die durch die allgemeine Rechtsordnung geschützten Güter erschöpfen sich nicht in den in Art. 2 Abs. 1 GG aufgeführten.

¹⁾ Auch im einschränkenden Sinne des Teils der allgemeinen Rechtsordnung, der Störungsabwehrfunktionen hat, weshalb dieser Unterschied im folgenden unbeachtet bleiben kann.

²⁾ Ebenfalls ablehnend, jedoch z. T. mit unklarer oder zu weitgehender, weil die Auswirkungen des Art. 2 Abs. 1 GG auf die nachfolgenden Grundrechte überhaupt ablehnender Begründung: *Beyer*, Anm. zu einer BGH-Entscheidung in NJW 1954, S. 713; *Über*, S. 65 f. *Fußlein*, Kommentar, S. 20; BVerwGE, Band 1, S. 305.

³⁾ Für die „Rechte anderer“ und das „Sittengesetz“ wurde das bereits ausgeführt, für die „verfassungsmäßige Ordnung“ ergibt es sich aus der Überlegung, daß selbst die allgemeine Rechtsordnung dem Schutzbereich „öffentliche Sicherheit“ unterfällt. Das muß umso mehr der Fall sein, wenn die verfassungsmäßige Ordnung beeinträchtigt wird (Schluß a maiore ad minus).

⁴⁾ Ebenso oder ähnlich: *Scholtissek*, S. 563; *Rohde-Liebenau*, DÖV 1957, S. 473; LVG RhldPfl. VerwRsp 4, S. 740. Beachte auch, daß § 1 PolGesBadWü statt „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ „Recht und Ordnung“ setzt und die „verfassungsmäßige Ordnung“ durch Anfügung mit „insbesondere“ als Recht und Ordnung unterfallend ansieht.

⁵⁾ Es sei hier auf die Übertretungstatbestände des StGB hingewiesen.

3. Soweit er für die nachfolgenden Grundrechte Bedeutung hat, bringt Art. 2 Abs. I GG nur die Entscheidung für die Schranken aller Grundrechte zum Ausdruck, die unumgänglich notwendig sind für staatliche und gesellschaftliche Existenz überhaupt. Die Grundrechte können eine vorgegebene immanente Schranke nur finden an den Minimalwerten, „ohne die im sozialen Bereich schlechthin keine Freiheit anerkannt werden kann“¹⁾, weil sich die Garanten dieser Freiheit, der Staat und die menschliche Gesellschaft, sonst aufgeben würden.

So sind „Rechte anderer“ nur subjektive Rechte und Rechtsstellungen²⁾, wird das Sittengesetz als „die Summe derjenigen sittlichen Normen“ aufgefaßt, „die Allgemeingut der abendländischen Kultur sind“³⁾ und versteht der BGH⁴⁾ unter verfassungsmäßiger Ordnung „die elementaren Verfassungsgrundsätze und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts“.

Alle diese Definitionen beweisen die enge Begrenzung der Werte des Art. 2 Abs. I GG auf das unbedingt notwendige, die minimalsten Voraussetzungen, soweit in ihnen immanente Schranken aller Grundrechte gesehen werden.

Einen so geringen Umfang hat aber der von den Polizei- und Ordnungsbehörden zu schützende Bereich anerkanntermaßen nicht. Diese haben für einen reibungslosen Ablauf des öffentlichen Lebens überhaupt zu sorgen. Art. 2 Abs. I GG will dagegen nicht alle, sondern nur die das staatliche und gesellschaftliche Leben in seiner Existenz bedrohenden Störungen verhüten, die durch einen ungehemmten Gebrauch der Grundrechte entstehen können.

4. Sowohl für die Frage, ob die öffentliche Sicherheit oder Ordnung von der verfassungsmäßigen Ordnung, als auch für die, ob sie von dem Schrankentrias des Art. 2 Abs. II Halbsatz 2 GG umfaßt werden, ist aber vor allem eines zu beachten. Die Grundrechte haben ihren Ursprung in dem Abwehrwillen des Einzelnen gegenüber evtl. Willkür der Staatsgewalt. Ihre besondere Bedeutung im Vergleich zu anderen subjektiven öffentlichen Rechten besteht darin, daß sie einen Bereich abstecken, der der Zivilperson nur soweit eingeschränkt werden darf, wie nicht der Wesensgehalt des Grundrechts angetastet wird. Außerdem sind die Grundrechte gerade um ihrer Polizeifestigkeit willen da, weil sie den Rechtskreis bezeichnen sollen, dessen Beschränkung nur unter besonderen Erschwerungen erfolgen darf. Diese besondere Funktion wäre aufgehoben, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung in den drei Begriffen der verfassungsmäßigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer aufgehen würden, da ja alle Freiheitsrechte nur soweit reichen, wie gegen dieses Schrankentrias nicht verstoßen wird.

¹⁾ Maunz-Dürig, Art. 2, S. 4.

²⁾ v. Mangoldt-Klein, S. 177.

³⁾ Peters, H. „Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel“ in Laun-Festschrift, 1953, S. 669 — 678; vgl. BVerfGE, 6, S. 389 ff. auf S. 434 ff.

⁴⁾ Z. B. BGH in DVBl 1953, S. 471 mit der h. M.

Die vorstehenden Erörterungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Alle Grundrechte reichen nur soweit, wie ihr Gebrauch nicht das Sittengesetz, die verfassungsmäßige Ordnung oder die Rechte anderer gefährdet.
2. Diese Schranken werden vom polizei- und ordnungsrechtlichen Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung umfaßt, geben aber seinen Inhalt nicht erschöpfend wieder, sondern bilden nur einen Teil davon ¹⁾).

Das führt zu dem Ergebnis, daß die Zurückweisung des Störers in die durch Art. 2 Abs. I Halbsatz 2 GG gezogenen Schranken keinen Eingriff in ein Grundrecht darstellt. Für diesen Teil der öffentlichen Sicherheit und Ordnung braucht also ein zum Vorgehen gegen einen Störer ermächtigendes Gesetz weder das einzuschränkende Grundrecht zu nennen, weil dieses Grundrecht soweit nämlich gar nicht reicht, noch hindert ein fehlender Gesetzesvorbehalt den Erlaß einer solchen Ermächtigung, denn das Fehlen dieses Gesetzesvorbehalts sagt nur etwas aus über die Nichteinschränkbarkeit des von der Verfassung tatsächlich gewährten Umfangs des Grundrechts.

Das gilt jedoch nur für die Grundrechte, die selbst störend gebraucht werden. Wird gegen einen Störer vorgegangen durch Beschränkung eines anderen als des mißbrauchten Grundrechts, so liegt selbstverständlich ein Eingriff vor, denn nur dieses eine, das mißbrauchte Recht wird von den immanenten Schranken begrenzt ²⁾. Der letztere Fall wird nur selten akut werden, da es sich bei einem Vorgehen gegen einen Störer immer um ein Zurückweisen der Störung selbst handelt. Immerhin ist es denkbar, daß neben dem mißbrauchten auch gleichzeitig ein anderes Grundrecht beschnitten werden muß.

Dieses Ergebnis befriedigt vor allem deshalb, weil also nicht wegen jeder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein sog. „polizeifestes“ Grundrecht beschränkt ist, sondern nur wegen der Gefährdung eines besonders schwerwiegenden Rechtsguts. So werden z. B. durch eine religiöse Prozession in einem Seuchengebiet die Rechte anderer im Sinne des Art. 2 Abs. I GG — nämlich das Recht auf Schutz ihrer Gesundheit — gefährdet; sie kann daher verboten werden, obwohl Art. 4 GG keinen Gesetzesvorbehalt aufweist. Das gleiche Verbot kann auch zur Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit erlassen werden, da nach heutiger Auffassung die Rechtsprechung jede Störung des reibungslosen Verkehrsablaufs als eine Gefahr für das Leben der Verkehrsteilnehmer — die Rechte anderer — ansieht. Die Möglichkeit eines polizeilichen Verbots

¹⁾ Dürig, bei Maunz-Dürig, Art. 2, S. 68 ff., versucht einerseits seine Thesen in „Art. 2 und die Generalermächtigung“ vom strafrechtlichen Bereich her zu erhärten, kommt aber andererseits (auf S. 73) annähernd zu dem hier gefundenen Ergebnis, wenn er sagt: „Polizeiliche Hinderung, Hemmung und Sistierung einer Grundrechtsausübung, die die unerläßlichen Voraussetzungen eines gedeihlichen menschlichen Zusammenlebens verletzt, sind keine . . . „Grundrechtseinschränkungen“. Die Polizei greift aber eben auch über den Bereich des unbedingt notwendigen hinaus ein.“

²⁾ Vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 2, S. 74.

müßte dagegen abgelehnt werden bei einer leichten Verkehrsbehinderung, denn hier wird keines der in Art. 2 Abs. I GG aufgeführten Rechtsgüter gestört. Bezüglich des übrigen Teils der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist aber das Grundrecht des Art. 4 GG polizeifest.

Es war bereits gesagt worden, daß Art. 2 Abs. I GG für die Auslegung immanenter Grundrechtsschranken nur eine *lex generalis* liefert. Danach lassen sich die Grundrechte in ihrem Verhältnis zu Art. 2 Abs. I GG folgendermaßen einteilen:

1. Das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts ist einer Aussage des Verfassungsgebers darüber gleichzusetzen, daß diesem Grundrecht nur die immanenten Schranken des Art. 2 Abs. I GG gezogen sein sollen.
2. Die Nennung besonderer Schranken bei dem betr. Grundrechtsartikel selbst bedeutet, daß die generelle Regelung ganz durch eine spezielle ersetzt werden soll und daß daher ein Zurückgreifen auf Art. 2 nicht möglich ist.
3. Ein spezieller Gesetzesvorbehalt bringt zum Ausdruck, daß der Verfassungsgeber die Schranken für das betr. Grundrecht in erster Linie durch die Gesetze gezogen wissen wollte. Nur soweit Sonderregelungen in solchen Gesetzen nicht getroffen wurden, soll auf die *lex generalis* zurückgegriffen werden.

Alle Sonderregelungen gehen der Generalklausel daher vor. Solche Sonderregelungen, in denen die Grundrechte von den allgemeinen immanenten Schranken befreit und also erweitert werden, kann demnach nicht nur das GG selbst, sondern auch die übrige Rechtsordnung enthalten. Die Möglichkeiten der öffentlichen Gewalt zum Vorgehen gegen eine Zivilperson werden auf diese Weise gegenüber dem Regelfall eingengt¹⁾. Eine derartige Eingang kann stattfinden:

für bestimmte *Rechtsgebiete*, so geschehen z. B. auf dem Gebiet des Presserechts²⁾ durch das Reichs-Pressengesetz vom 7. Juni 1874 (RGBl S. 65)³⁾ — oder für bestimmte *Grundrechte*.

Nur die Fälle der zweiten Art sind für die vorliegende Untersuchung von Interesse, da hier das Vorgehen der öffentlichen Gewalt zum Teil davon abhängig gemacht wird, daß die Merkmale eines besonderen Gefahrenbegriffs erfüllt sind. So genügt es für ein polizeiliches oder ordnungsbehördliches Vorgehen gegen einen Störer mit Geboten oder Verboten gegenüber seinem Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) nicht, daß der Störer dieses Grundrecht mißbraucht und dadurch eines der in Art. 2 Abs. I GG aufgeführten Rechtsgüter schlechthin gefährdet, sondern durch den Mißbrauch müssen diese Rechtsgüter in besonders hohem Maße bedroht werden, erst dann ist ein Eingreifen rechtmäßig. Art. 13 Abs. III GG bestimmt, daß eine „gemeine Gefahr“, eine „Lebensgefahr für einzelne Personen“ oder eine „dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ vorliegen müsse, um das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung zu beschneiden.

¹⁾ *Altmeier-De Clerck*, S. 79; *Dreows-Wacke*, S. 82; *Maunz-Dürig*, Art. 2, S. 9 f.

²⁾ Vgl. auch §§ 1 u. 143 GewO.

³⁾ S. das Bundesgesetz vom 4. August 1953 (BGBl I, S. 375).

Das Versammlungsgesetz nimmt alle Maßnahmen der öffentlichen Gewalt gegen das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) überhaupt aus dem Bereich der durch die allgemeinen Polizeigesetze begründeten Eingriffsmöglichkeiten heraus und läßt ein Vorgehen gegen dieses Grundrecht für öffentliche Versammlungen in geschlossenen Räumen nur bei „unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit der Teilnehmer“ (§ 13 Abs. 1 S. 2 BVers.G.) und für Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge nur bei „unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“ (§ 15 Abs. 1 BVers.G.) zu¹⁾. Alle diese Bestimmungen bedeuten eine Durchbrechung der oben gefundenen Regel, daß jedes Grundrecht nur so weit reicht, wie es nicht gebraucht wird, um die Rechte anderer, das Sittengesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung zu gefährden. Es fällt dabei auf, daß dem Erfordernis der gesteigerten Gefahr auf der einen eine Erweiterung des geschützten Rechtsguts auf der anderen Seite gegenübersteht. Daraus ist zu schließen, daß wesentlich hier nicht das Rechtsgut ist, dessen Störung dem Grundrecht eine Schranke ziehen soll, sondern nur der Gefahrengrad. Auswirkungen mögen sich aber deshalb ergeben, weil mit einer Erweiterung des Kreises der geschützten Güter auch die Möglichkeit größer wird, daß eine der geforderten Verletzungen stattfindet.

Daß diese Sonderbestimmungen nur für den Nichtstörer gelten sollten, wird sowohl durch den Wortlaut des Gesetzes, der keinen Anhaltspunkt dafür bietet, als auch durch die Tatsache ausgeschlossen, daß ein Vorgehen gegen einen Unbeteiligten ja ohnehin nur auf Grund gesteigerter Gefahr möglich ist.

Die Zusammenfassung ergibt die nachstehenden Regeln:

1. Jeder Gebrauch eines Grundrechts, der die Rechte anderer, das Sittengesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung gefährdet, darf von den Polizei- und Ordnungsbehörden durch Zurückweisung des Störers in die Schranken des m i ß b r a u c h t e n Grundrechts abgewehrt werden, ohne daß dieses Grundrecht mit einem speziellen Gesetzesvorbehalt versehen oder in dem zum behördlichen Vorgehen ermächtigenden Gesetz gemäß Art. 19 Abs. 1 GG als einschränkbar genannt ist.
2. Von dieser Regel werden die Grundrechte ganz oder teilweise nicht umfaßt, für die das GG selbst oder eine Norm der allgemeinen Rechtsordnung ein polizeiliches oder ordnungsbehördliches Vorgehen vom Vorliegen einer besonders dringenden Gefahr oder anderer spezieller Voraussetzungen abhängig macht.
3. Für die Abwehr von Gefahren für diejenigen Bereiche der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die nicht durch die in Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG enthaltenen drei Begriffe gekennzeichnet sind, stellt auch das Vorgehen der Polizeibehörden gegen einen Störer einen Eingriff in das in Frage kommende Grundrecht dar. Die Behörden dürfen also einen

¹⁾ Weitere Eingriffsmöglichkeiten sind von spezifizierten Voraussetzungen abhängig gemacht, die hier ohne Bedeutung sind, weil sie in keiner direkten Beziehung zum Gefahrenbegriff stehen. Genau betrachtet bezeichnen aber auch sie „gefährliche Situationen“, so daß im Grunde nur eine Einzelaufzählung der Handlungen stattfindet, bei denen das Grundrecht an Art. 2 Abs. 1 GG seine Schranken findet. Soweit aber der Gefahrenbegriff beibehalten wurde, sind die Schranken erweitert.

solchen Eingriff nur vornehmen, wenn die betr. Grundrechtsbestimmung einen Gesetzesvorbehalt aufweist und das Ermächtigungsgesetz das Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. I GG als eingeschränkt nennt.

bb) Die konkrete Rechtslage.

Unter diesen Voraussetzungen dürfen von den Behörden zur Bekämpfung einer einfachen Gefahr die nachstehenden Maßnahmen gegen einen Störer ergriffen werden.

I. *Ein Grundrecht wird mißbraucht und gefährdet die Rechte anderer, das Sittengesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung:*

Die Polizei- und Ordnungsbehörden dürfen den Störer in seine Schranken zurückweisen, es sei denn es handle sich um die Grundrechte auf Unverletzlichkeit der Wohnung oder der Versammlungsfreiheit. Diese beiden Grundrechte sind insgesamt aus der für die anderen Grundrechte geltenden Regelung herausgenommen worden. Alle Gebote und Verbote gegenüber dem Wohnungsrecht stehen nach Art. 13 Abs. III GG unter strengeren Voraussetzungen, zu denen u. a. auch ein gesteigerter Gefahrenbegriff gehört. Das Verhältnis der öffentlichen Gewalt zur Versammlungsfreiheit ist durch das Bundesgesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. Juli 1953 (BGBl I, S. 684) abschließend geregelt worden. Folglich haben die Behörden der Gefahrenabwehr keine anderen Möglichkeiten zum Vorgehen gegen einen Störer durch Beschneidung dieser beiden Grundrechte als die im Gesetz vorgesehenen. Das bedeutet, daß sowohl die sich aus den immanenten Grundrechtsschranken ergebenden Befugnisse als auch die polizeiliche Ermächtigung, zur Abwehr einer einfachen Gefahr in Grundrechte einzugreifen, selbst dann auf Art. 8 und 13 GG keine Anwendung finden können, wenn dem Art. 19 Abs. I Genüge getan ist.

Ist für die Grundrechte der Art. 8 und 13 die polizeiliche Generalklausel gänzlich außer Geltung gesetzt, soweit es sich um die Abwehr einer einfachen Gefahr handelt, so gilt das für das Recht auf Freiheit der Person nur zu einem gewissen, wenn auch dem größten Teil. Der Gesetzgeber hat von den möglichen Eingriffen in dieses Grundrecht die wichtigsten speziell normiert und von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht. Der größte Teil der auf diese Weise entstandenen Gesetze verwendet den Gefahrenbegriff nicht mehr¹⁾.

Aus der generellen Regelung sind vor allem die Fälle herausgenommen worden, in denen eine Freiheitsentziehung stattfinden soll. Hier trifft der § 15 prPVG und an ihn anschließend die ähnlich lautenden Bestimmungen der Ländergesetze besondere Vorkehrungen, um einen Schutz der Zivilperson zu verbürgen. Für den Teil der Freiheitsentziehung, der zur Sicherung geistes- und suchtkranker Menschen notwendig wird, haben

¹⁾ Hier sind die Landesbestimmungen über die Anwendung unmittelbaren Zwanges von Bedeutung, über die später noch zu handeln sein wird. Vgl. auch das Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, vom 23. Juli 1953 (BGBl I, S. 700), § 18; FürsPflVO. vom 13. Februar 1924 (RGBl, S. 100), § 20 u. das Ges. betr. Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, vom 30. Juni 1900 (RGBl I, S. 306); § 14, sowie die Bestimmungen der Polizeigesetze über Identitätsfeststellungen und Vorführungen zu Vernehmungen, z. B. §§ 3 ff. PVG RhldPf.

darüber hinaus die meisten Länder besondere Vorschriften geschaffen, die eine Mitwirkung der Behörden der Gefahrenabwehr überhaupt nur noch in ganz beschränktem Maße kennen. Alle diese, unter besondere Tatbestandsmerkmale gestellten Eingriffe, sind in diesem Kapitel nicht zu behandeln, da sie von einem gesteigerten Gefahrengrad abhängig sind.

Unter der Gültigkeit dieser Fülle von speziellen Regelungen der möglichen Eingriffe in die Freiheit der Person bleiben zur Abwehr einer einfachen Gefahr nur noch geringe Möglichkeiten. Immerhin aber muß schon deswegen, weil auf dem dynamischen Gebiete des Polizei- und Ordnungsrechts eine erschöpfende Aufzählung gar nicht möglich ist, immer noch ein gewisser Bereich übrig bleiben, der der Generalklausel unterliegt. Die Eingriffe in das Grundrecht der Freiheit der Person beschränken sich ja nicht auf Freiheitsentziehungen, auch Freiheitsbeschränkungen im engeren Sinne können Eingriffe darstellen. Während der Begriff der Freiheitsbeschränkung in Art. 104 Abs. I GG auch die Freiheitsentziehung umfaßt¹⁾, muß unabhängig davon ein Begriff der Freiheitsbeschränkung im Gegensatz zur Freiheitsentziehung anerkannt werden. Eine solche Freiheitsbeschränkung im engeren Sinne liegt dann vor, wenn die öffentliche Gewalt eine Zivilperson daran hindert, einen bestimmten Ort aufzusuchen²⁾.

Für diesen Teil des Vorgehens der Polizei- und Ordnungsbehörden unter Kollision mit dem Grundrecht der Freiheit der Person, der nur Freiheitsbeschränkungen im engeren Sinne im Gefolge hat, z. B. Festhalten eines Wütenden, der sich auf seinen Widersacher stürzen will, gilt das gleiche wie für alle Grundrechte, soweit in den einzelnen Ländern ausdrückliche Rechtsgrundlagen bestehen. Insofern unterliegt also auch das Recht auf Freiheit der Person den immanenten Schranken des Art. 2 Abs. I GG.

Bei Art. 2 Abs. II Satz 2 GG muß demnach nicht nur beachtet werden, ob das gefährdete Rechtsgut einem der in Art. 2 Abs. I GG aufgezählten Werte unterfällt, sondern auch, ob das beabsichtigte Vorgehen nicht besonderen Voraussetzungen unterliegt.

Die sich aus Art. 104 GG ergebenden Fragen brauchen hier nicht eingehend erörtert zu werden, da die wesentliche Vorschrift des Art. 104 Abs. II nur auf Freiheitsentziehungen zutrifft. Es sei aber darauf hingewiesen, daß Art. 104 Abs. I nicht so aufzufassen ist, daß jedes Beschränkungen gestattende Gesetz die Formen des Eingreifens regeln muß. Als Rechtsgrundlage kommen auch die polizeilichen Generalklauseln in Frage³⁾. Auszuscheiden hat allerdings das Gewohnheitsrecht. Da Art. 104 Abs. I ausdrücklich ein förmliches Gesetz als Rechtsgrundlage für Freiheitsbeschränkungen verlangt, kann die nur gewohnheitsrechtlich geltende Generalklausel diesen Anforderungen nicht mehr genügen⁴⁾. Das führt zu dem Ergebnis,

¹⁾ Maunz-Dürig, Art. 104, S. 6.

²⁾ Maunz-Dürig, Art. 2, S. 111, Art. 104, S. 9.

³⁾ Maunz-Dürig, Art. 104, S. 12 unter 3 b; H. J. Wolff in DÖV 1951, S. 313; Kern bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 87; a. A. Holtkotten, im Bonner Komm., Art. 104, S. 10.

⁴⁾ Maunz-Dürig, Art. 104, S. 10; H. J. Wolff, aaO; Holtkotten, aaO, S. 11.

daß in den ehemals hanseatischen Gebietsteilen Bremens, in denen § 14 prPVG lediglich kraft Wohnheitsrechts angewendet wird, da ein einheitliches Bremer Polizeigesetz bisher nicht erlassen wurde, eine Rechtsgrundlage für Freiheitsbeschränkungen im engeren Sinne fehlt, während solche für Freiheitsentziehungen in § 19 Abs. IV des Gesetzes über Verwaltungsverfahren und Verwaltungszwang bzw. § 1 des Ges. betr. Vorführungen und einstweiliges Festhalten vorhanden ist. Sowohl Freiheitsbeschränkungen im engeren Sinne als auch Freiheitsentziehungen sind also in den ehemals hanseatischen Gebietsteilen Bremens nur unter den Voraussetzungen dieser Gesetze zulässig.

Die Frage, ob auch die Ordnungsbehörden noch Eingriffe in die Freiheit der Person vornehmen dürfen, ist in erster Linie aus den die Verteilung der Gefahrenabwehr regelnden Bestimmungen zu beantworten, soweit für beide Behörden gleiche Rechtsgrundlagen bestehen. Da das OBG eine dem § 15 prPVG entsprechende Vorschrift nicht mehr enthält (nur für den Teil der Verwahrung, der sich gegen Geisteskranke richtet, gilt das UG), könnte man annehmen, die Ordnungsbehörden seien zu einer Inverwahrnehmung auch befugt, ohne die Voraussetzungen des § 15 prPVG — NRW zu beachten. Richtigerweise kann das Fehlen einer solchen Bestimmung aber nur zu dem Schluß führen, daß die Ordnungsbehörden, sofern sie eigene Dienstkräfte haben, wie Polizeibeamte tätig werden, also § 15 prPVG beachten müssen¹⁾. Es ist jedoch darüber hinaus die besondere Lage zu beachten, die sich daraus ergibt, daß die Ordnungsbehörden das Personal, das erforderlich ist, um etwaigen Widerstand bei Freiheitsentziehungen zu brechen, nicht besitzen und daher de facto zur Vornahme von Freiheitsentziehungen nicht in der Lage sind.

Die fehlenden Gesetzesvorbehalte bei Art. 4 und 5 Abs. III GG sind unbeachtlich, sofern gegen das Schrankentrias des Art. 2 Abs. I GG verstoßen wird. Dieser Satz gilt für alle Länder, weil er unabhängig ist von der Befolgung des Zitiergebots des Art. 19 Abs. I GG.

II. Ein Grundrecht wird in gleicher Weise wie im ersten Falle mißbraucht, die Behörden wollen aber ein störungsfreies Verhalten dadurch erzwingen, daß sie gegen andere Grundrechte des Störers als das mißbrauchte vorgehen.

Jetzt liegt aus den oben geschilderten Gründen ein echter Eingriff vor²⁾. Dieser Fall ist daher genau so zu behandeln, wie die im folgenden unter III. dargestellten.

Bei allen echten Eingriffen ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten³⁾. Dieser Grundsatz besagt, daß, abgesehen davon, daß die Voraussetzungen eines Eingreifens überhaupt gegeben sein müssen, der zu verhütende Schaden nicht außer jedem Verhältnis stehen darf zu dem Schaden, der bei den in Anspruch genommenen Zivilpersonen durch den

¹⁾ Vgl. VV OBG, Nr. 31 und die Ausführungen im folgenden Kapitel.

²⁾ Maunz-Dürig, Art. 2, S. 74 unter bb.

³⁾ Heute in den neuen Polizeigesetzen durchweg positiviert, z. B. § 15 OBG; im Geltungsbereich des prPVG aus dem Grundsatz des pflichtmäßigen Ermessens in § 14 abgeleitet.

Eingriff entstehen würde¹⁾. Er stellt ein Korrektiv zu dem auch geringfügigere Rechtsgüter umfassenden Gesetzesbegriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar, darf aber nicht zu einer Hemmung der behördlichen Abwehrtätigkeit führen. Daher sind Eingriffe wegen „Unverhältnismäßigkeit“ nur dann nicht erlaubt, wenn der durch den Eingriff entstehende Schaden den abzuwehrenden erheblich übersteigen würde.

III. Ein Störer gefährdet die über die in Art. 2 Abs. I GG enthaltenen immanenten Grundrechtsschranken hinausgehenden Bereiche der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Hier ist zu unterscheiden zwischen den Ländern, die das prPVG ganz oder mit geringfügigen Änderungen beibehalten haben und denen, in denen neue Polizei- und Ordnungsgesetze erlassen worden sind.

1. Art. 19 Abs. I Halbs. 2 GG gilt nicht für vorkonstitutionelle Gesetze. Zu diesen gehören nicht nur das prPVG selbst, sondern auch die Neufassungen dieses Gesetzes, die z. B. in NRW und Berlin nach Inkrafttreten des GG ergangen sind, da es sich hier nicht um die Begründung neuer Rechtseinschränkungen handelt, sondern um die Wiederholung bereits bestehender, z. T. mit unwesentlichen Abweichungen²⁾. Das gleiche muß für das PolGesSchlH und das Hmb. Gesetz über die Polizeiverwaltung gelten, da diese Gesetze nur wenige Bestimmungen enthalten und in wesentlichen Punkten, z. B. bezüglich der Bestimmungen über die polizeipflichtigen Personen, durch das prPVG ergänzt werden. Immerhin ist die unterbliebene Zitierung hier doch bedenklicher als in den übrigen Ländern.

In allen Ländern, die das prPVG beibehalten haben, sowie in SchlH und in Hamburg, sind daher ohne Rücksicht auf die evtl. später aufgenommenen Grundrechtskataloge³⁾ alle Eingriffe möglich, die auch bisher herkömmlicherweise vorgenommen werden durften. In den Ländern SchlH, Hamburg⁴⁾, Bremen und Berlin können die Polizei- und Ordnungsbehörden, in NRW nur die Polizeibehörden — für die Ordnungsbehörden gilt das OBG — zur Abwehr einer einfachen Gefahr in folgende Grundrechte eines Störers eingreifen:

- a) *Brief- und Postgeheimnis*, Art. 10 GG. Beschränkungen sind auf Grund Gesetzes möglich.
- b) *Freizügigkeit*, Art. 11 GG. Obwohl Art. 11 Abs. II nur eine Einschränkung durch Gesetz zuzulassen scheint, muß diese Bestimmung so ausgelegt werden, als ob es, wie z. B. in Art. 10, „auf Grund“ eines Gesetzes hieße⁵⁾, wobei allerdings an Stelle der öffentlichen Sicherheit und Ordnung als zu schützende Rechtsgüter nur die in Art. 11 Abs. II aufgeführten in Frage kommen⁶⁾.

¹⁾ Rietdorf, S. 97 f. und die dortigen Zitate.

²⁾ Bestritten, wie hier: vgl. Mayer, S. 286; Beschluß des BVerfG vom 25. Mai 1956 in Bay. VerwBl. 1956, S. 241; BVerfGE 2, S. 121.

³⁾ Z. B. in § 14 Abs. III PVG-NRW.

⁴⁾ Das Gesetz über die Polizeiverwaltung vom 7. November 1947 (Hmb. GVBl. S. 73) ist bis auf § 1 aufgehoben worden. Diese Generalklausel stimmt wörtlich mit § 14 prPVG überein und gleicht jetzt auch die lege scripta den Rechtszustand in den ehemals außerpreußischen Gebieten dem in den ehemals preußischen Gebieten an.

⁵⁾ Vgl. v. Mangoldt-Klein, S. 349 f. unter Ziff. 3.

⁶⁾ Reiff, S. 46 unter c.

c) *Leben und körperliche Unversehrtheit*, Art. 2 GG. Beschränkungen sind auf Grund Gesetzes möglich. Hier ist zu beachten, daß die Eingriffsmöglichkeiten auf Grund des prPVG zurückgedrängt sind durch einige Spezialvorschriften, besonders die Gesetze über die Anwendung unmittelbaren Zwanges, die ein Vorgehen von besonderen Voraussetzungen abhängig machen, ohne aber den Gefahrenbegriff im Tatbestand zu enthalten¹⁾.

d) *Die Freiheit der Person*, Art. 2 Abs. II GG bezüglich der nicht spezialgesetzlich geregelten Eingriffe. Ausgenommen sind hier die ehemals hanseatischen Gebietsteile Bremens, da eine dem § 1 Hmb Ges. über die Polizeiverwaltung entsprechende Vorschrift fehlt.

e) *Die freie Meinungsäußerung*, Art. 5 GG und *Eigentum und Erbrecht*, Art. 14 GG.

Bezüglich dieser Grundrechte ist eine Besonderheit festzustellen. Hier hat nämlich die Verfassung ihrerseits schon die Rechte des Grundrechtsträgers weiter eingengt, als es durch die immanenten Schranken des Art. 2 Abs. I GG geschehen ist.

Art. 5 Abs. II GG gewährt das Grundrecht der freien Meinungsäußerung nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze. Zu diesen Gesetzen gehören nach einhelliger Meinung auch die Polizeigesetze²⁾.

Nach Art. 14 Abs. I GG werden Inhalt und Schranken von Eigentum und Erbrecht durch die Gesetze bestimmt. Zu den Gesetzen, die diese Schranken festlegen, gehören ebenso wie bei Art. 5 Abs. II auch die Polizeigesetze³⁾.

Das GG sagt in diesen Bestimmungen, daß es den Umfang der beiden Grundrechte nicht selbst festlegen, sondern die Grenzziehung den Gesetzen überlassen will. Wenn die Polizeigesetze diese Grenzen ziehen, greifen sie daher nicht in den Bereich der beiden Grundrechte ein, sondern legen überhaupt erst fest, wie weit dieser Bereich geht. Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung bedarf also, zumindest, soweit gegen einen Störer vorgegangen wird, auch bei einem nachkonstitution-

¹⁾ §§ 15 ff. prPVG und die Ausführungsbestimmungen dazu vom 1. Oktober 1931 (MBliV, S. 923) mit div. Änderungen (bei Schneider, Pol.recht, Nr. 1), in der Berliner Neufassung ersatzlos gestrichen. Art. 38 ff. PAG mit Entschl. des BayStMdl, vom 5. Nov. 1954 (BayMABl, S. 972). Hess. Ges. über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei Ausübung öffentlicher Gewalt, vom 11. Nov. 1950 (GVBl, S. 247). Bremer Ges. über die Anwendung unmittelbaren Zwanges, vom 19. Febr. 1954 (GBI, S. 25). §§ 35 ff. SOG mit VO des Mdl über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch die Verwaltungs- und Polizeibehörden, vom 15. Nov. 1951 (GVBl, S. 221). § 25 OBG verweist auf §§ 6 — 19 des Verwaltungsvollst.Ges., vom 27. April 1953 (BGBl I, S. 157). RhldPf VO über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch die Polizei, vom 10. April 1954 (GVBl, S. 61). § 8 Abs. I Amtsordnung SchlH, vom 17. Juni 1952 (GVBl, S. 95) verweist für Ordnungsbehörden ausdrücklich auf §§ 15 ff. prPVG. Nach dieser Vorschrift muß die Anwendung unmittelbaren Zwanges die ultima ratio bleiben. Sie regelt den Gebrauch eines bestimmten Mittels durch die Polizei in der Weise, daß es nur angewandt werden darf, wenn die Sachlage es unbedingt erfordert. Vgl. Kern bei Neum.-Nipp.-Scheun, S. 57.

²⁾ Vgl. Wolff, Lehrbuch, § 35 V b, S. 157; Müller-Heidelberg, S. 26; Rietdorf, S. 256; Reiff, S. 47; Altmeyer-De Clerck, S. 54; Ridder, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 281 f.; v. Mangoldt-Klein, S. 251; BGH in NJW 1954, S. 715; LVG RhldPf in VerwRspr Bd. IV, S. 734; OVG Lüneburg in NJW 1953, S. 237.

³⁾ Vgl. Scupin, im Handbuch, S. 620; Müller-Heidelberg, S. 65; Reiff, S. 46 f. unter e.

nellen Gesetz ebenso wenig einer Zitierung, wie das Grundrecht auf Eigentum und Erbrecht¹⁾.

In allen hier unter Ziffer III. behandelten Fällen ist, gleichgültig ob im Geltungsbereich des prPVG oder in denen der neuen Polizeigesetze, ein Eingriff in die *Religionsfreiheit*, Art. 4 GG, in die Freiheit von *Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre*, Art. 5 Abs. III GG und das Recht der *freien Berufsauswahl*, Art. 12 GG (anders die Ausübung) nicht möglich, da diese Grundrechte keine speziellen Gesetzesvorbehalte aufweisen, also ihre Schranken nur an den in Art. 2 Abs. I genannten Werten finden²⁾.

2. Die neuen Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder haben durchweg durch Aufzählung der einschränkbaren Grundrechte dem Art. 19 Abs. I GG Genüge getan. Für ihren jeweiligen Geltungsbereich richtet sich die Zahl der Grundrechte, die die Behörden bei ihrem Vorgehen beschränken dürfen, nach diesen Katalogen.

- a) Nach allen in Frage kommenden Gesetzen (mit Ausnahme des PolGes BadWü, das nicht vom Gefahrenbegriff ausgeht) sind bei Vorliegen einer einfachen Gefahr auch für Rechtsgüter, die nicht in den Rahmen des Art. 2 Abs. I GG fallen, von den Grundrechten des Störers einschränkbar:
das Recht auf *Leben und körperliche Unversehrtheit*, Art. 2 Abs. II GG, das Recht auf *Freiheit der Person*, Art. 2 Abs. II Satz 2 GG, soweit es nicht spezialgesetzlich geregelt ist, das Recht auf *Eigentum und Erbrecht*, Art. 14 GG.^{3) 4)}
- b) Darüber hinaus weisen einzelne Gesetze noch weitere Grundrechte auf, deren Nennung aber z. T. keine Wirkung haben kann:

§ 4 PolGes BadWü und § 1 Abs. II SOG nennen das Grundrecht der *Freizügigkeit*, Art. 11 GG. Nur nach diesen Gesetzen kann also außer in die unter a) genannten Grundrechte ein Eingriff in die Freizügigkeit eines Störers erfolgen.

Art. 71 PAG führt das Recht der *freien Meinungsäußerung* nach Art. 5 GG an. Die Nennung dieses Grundrechts hat für denjenigen, der zu den allgemeinen Gesetzen des Art. 5 Abs. II GG auch die Polizeigesetze zählt, keine Bedeutung, da der Störer nur in seine Schranken zurückgewiesen wird.

¹⁾ Vgl. Müller-Heidelberg, S. 29.

²⁾ Müller-Heidelberg, aaO; Reiff, S. 48; BVerwGE 1, S. 305; Senger-Kurzmann, S. 44, trägt seine Ansicht, daß die Freiheit der Kunst usw. trotz fehlenden Gesetzesvorbehalts zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung eingeschränkt werden könne, ohne Begründung als h. M. vor, m. E. zu Unrecht. Dagegen wendet sich mit Gründen v. Mangoldt-Klein, S. 258.

³⁾ Dieses Grundrecht ist in den Katalogen der neuen Gesetze ausnahmslos aufgeführt, obwohl ja für den Störer nur Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt werden, es sich also nicht um echte Eingriffe handelt.

⁴⁾ Vgl. §§ 48 OBG, 4 PolGes BadWü, 4 PolGesHess, 1 Abs. II SOG, 64 PVG RhldPf, Art. 71 PAG. Beim PAG ist zu beachten, daß die einfache Gefahr bei keiner der im III. Abschnitt aufgeführten Einzelmaßnahmen genügt. Auch soweit hier nicht bestimmte Eingriffe spezifiziert und von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht worden sind, genügt nicht eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schlechthin, sondern nur für die in Art. 5 Abs. II, 3 b, c PAG aufgeführten besonders wertvollen Rechtsgüter.

§ 4 PolGesHess und § 1 Abs. II SOG, sowie Art. 71 PAG führen außerdem das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG, als einschränkbar an. Ein Eingriff in dieses Grundrecht auf Grund der allgemeinen Polizeigesetze ist aber deswegen nicht möglich, weil das BVerfG als *lex specialis* diese Materie abschließend regelt.

Als Zusammenfassung zu 2. kann somit festgestellt werden, daß die Polizei- und Ordnungsbehörden bei ihrem Vorgehen gegen einen Störer zur Abwehr einer einfachen Gefahr nach dem OBG, dem PAG, dem PolGes Hess und dem PVG RhldPf echte Eingriffe nur in das Grundrecht des Art. 2 Abs. II Satz 2 GG, Leben und körperliche Unversehrtheit, z. T. auch Freiheit der Person, vornehmen können. Nach dem PolGes BadWü und dem SOG darf darüber hinaus in das Grundrecht des Art. 11 GG eingegriffen werden.

Verwehrt sind den Behörden nach allen neuen Ländergesetzen Eingriffe in die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, Art. 4 GG, in die speziell geregelten Bereiche der Freiheit der Person, in die Versammlungsfreiheit, in die Freiheit der Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre, in die Freiheit der Berufswahl, in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung¹⁾, und in das Brief- und Postgeheimnis²⁾, soweit sie zur Abwehr einer einfachen Gefahr tätig werden.

Nach dem OBG, dem PAG, dem PolGesHess und dem PVG RhldPf ist außerdem auch ein Eingriff in die Freizügigkeit nicht möglich.

¹⁾ Diese fünf Grundrechte in Übereinstimmung mit der Rechtslage unter dem weitergeltenden prPVG.

²⁾ Entgegen dem prPVG und seinen Neufassungen.

Kapitel II:

Die Steigerung der Dringlichkeit der Gefahr

§ 10: Die besonderen Gefahrenbegriffe

In Kapitel I wurde einleitend darauf hingewiesen, daß die erste mögliche Steigerung des Gefahrengrades bedingt sei durch die Nähe des drohenden Schadens. Die einfache Gefahr wurde gekennzeichnet als der auf den Einzelfall angewandte allgemeine Gefahrenbegriff, die erforderliche Nähe des Verletzungserfolges ergab sich aus dem in der Definition des allgemeinen Gefahrenbegriffs geforderten Grad von Sicherheit, mit der das Möglichkeitsurteil über den Schadenseintritt gefällt werden muß. Ist somit bei der einfachen Gefahr die Nähe der Verletzung davon abhängig, wie weit sich die Sachlage in concreto entwickelt haben muß, damit dem Wahrscheinlichkeitsurteil die notwendige Sicherheit zukommt, so ist bei der Untersuchung der ersten möglichen Steigerung des Grades der Gefahr die zeitliche Nähe als Begriffsmerkmal vorauszusetzen. Das bleibt näher auszuführen.

Zugrundegelegt wird auch hier der allgemeine Gefahrenbegriff, wie er oben im I. Hauptteil definiert wurde. Das bedeutet, daß wieder von vornherein eine Mindestgrenze gezogen wird dadurch, daß eine so große Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bestehen muß, daß verständigerweise mit einer Verletzung des geschützten Rechtsguts zu rechnen ist. Nur diese Mindestgrenze wird im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit gezogen. Merkmal des gesteigerten Gefahrenbegriffs kann es nicht sein, daß die Möglichkeit der Verletzung zur Gewißheit oder zur Quasigewißheit geworden ist¹⁾. Es scheint mir demnach auch eine Verwechslung von Ursache und Folge zu sein, wenn eine gesteigerte Gefahr nur dann als vorliegend angesehen wird, wenn sowohl die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zur Quasigewißheit geworden, als auch der Zeitpunkt dieses Eintritts in nächste Nähe gerückt ist²⁾.

Bei der Definition des allgemeinen Gefahrenbegriffs wurden die gegensätzlichen Interessen berücksichtigt. Sie sollen hier noch einmal aufgezeigt werden: Das öffentliche Interesse fordert eine möglichst frühzeitige Bekämpfung von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Daraus ergibt sich die Tendenz, ein Eingreifen der Staatsgewalt schon

¹⁾ Z. B. AB SOG zu § 8 SOG; DurchfAnw. zu § 27 Ziff. 2 PVG RhldPf vom 1. Aug. 1954 (RhldPf MBl, Sp. 735) und vom 10. Februar 1955. (RhldPf MBl, Sp. 218); Franzen, S. 214 zu § 15 prPVG.

²⁾ So z. B. Rietdorf, S. 30; VV OBG Nr. 37 zu § 19; VV UG Nr. 7 zu § 2; Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 209; OVGE 8, S. 239 ff. auf S. 240.

dann zuzulassen, wenn die Schädigung des geschützten Rechtsgutes nur in gewissem Grade möglich ist. Dieser Tendenz wirkt jedoch das Interesse der Zivilperson an der Unberührtheit ihrer Rechtssphäre entgegen, das die Tendenz hat, Eingriffe erst dann zu gestatten, wenn der Eintritt eines künftigen Schadens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Die Synthese dieser beiden Interessenkreise ergibt das Erfordernis der „hohen Wahrscheinlichkeit“ eines Schadenseintritts. Jetzt ist der Zeitpunkt gekommen, wo die Sachlage objektiv als so bedrohlich anzusehen ist, daß Abwehrmaßnahmen ergriffen werden müssen, wenn die staatliche Aufgabe der Störungsabwehr reibungsfrei erledigt werden soll. Der Grund dafür, daß zu diesem Zeitpunkt noch nicht alle Zivilpersonen und noch nicht jedes Recht in Anspruch genommen werden können, ist nur in der Subsidiarität der Maßnahmen zu suchen, die gegen diese Zivilpersonen oder Rechte gerichtet sind. Solange, wie noch Zeit zu einfachem, die Zivilperson möglichst schonendem Vorgehen ist, sollen schwerwiegende Eingriffe vermieden werden. Ist aber der Definition des allgemeinen Gefahrenbegriffs einmal Genüge getan, so besteht auch die staatliche Aufgabe der Abwehr. Wollte man schärfere Rechtseingriffe davon abhängig machen, daß der Schadenseintritt noch wahrscheinlicher wird als er ohnehin schon sein muß, so würde das bedeuten, daß bei der Abwägung des oben bezeichneten Gegensatzes der öffentlichen und der privaten Interessen das Interesse der Zivilperson schon unterlegen war, obwohl noch erhebliche Zweifel am drohenden Eintritt der Verletzung bestanden. Das wäre in der Tat ein Vabanquespiel mit dem negativen Status der Zivilperson, das mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren wäre. Ein Eingreifen mehr oder weniger auf gut Glück ist dem Staate verwehrt. Darauf wurde im ersten Hauptteil bereits eindeutig abgestellt. Geht man dagegen vom Gedanken der Subsidiarität aus, so wird klar: Sowohl beim einfachen, als auch beim gesteigerten Grad der Gefahr besteht dieselbe Gefahr, nämlich die im allgemeinen Gefahrenbegriff definierte, ein Zustand, aus dem mit einer solchen Wahrscheinlichkeit ein Schaden hervorgehen wird, daß das Interesse des Einzelnen an der Unangetastetheit seiner Rechtssphäre dem öffentlichen Interesse an der Abwehr von Störungen nachzustehen hat. Bei der einfachen Gefahr ist der wahrscheinliche Schaden aber noch so weit entfernt, daß eine Abwehr durch Eingreifen in minder schutzwürdige Rechtsgüter (Störer und Einzelgrundrechte wie Kapitel I oben) möglich erscheint. Aus diesem Grunde sind gewisse Personenkreise und gewisse Rechte, die als besonders wertvoll gelten, zu schonen. Diese Schonungspflicht entfällt erst dann, wenn die drohende Verletzung so nahe gerückt ist, daß keine Zeit mehr für Maßnahmen bleibt, die nur geringe Beschränkungen im Gefolge haben¹⁾.

Sieht man das Wesensmerkmal der ersten möglichen Steigerung des Gefahrengrades nur darin, daß der drohende Schaden in zu sofortigen

¹⁾ Es sei schon jetzt auf die Subsidiaritätsklauseln in den Polizeigesetzen, z. B. § 21 prPVG: Heranziehung eines Nichtstörers, oder § 15 Abs. 1 b prPVG: Inverwahrnehmung, hingewiesen, die zur Stützung der hier vertretenen Ansicht dienen können. Diese Ansicht wird eine weitere Festigung bei der Erörterung der einzelnen Begriffe erfahren.

Maßnahmen zwingende Nähe gerückt ist, ohne auch eine größere Sicherheit des Möglichkeitsurteils zu verlangen, so darf man doch nicht übersehen, daß größere Wahrscheinlichkeit und größere Nähe des Schadens *de facto* in aller Regel Hand in Hand gehen. Je näher die Verletzung bevorsteht, desto weniger Ereignisse können eintreten, die in der Lage sind, die mutmaßliche Kausalreihe noch zu stören; umso sicherer läßt sich also sagen, daß mit einem Schaden zu rechnen sei. Diese größere Wahrscheinlichkeit ist aber keine selbständige Ursache für die erhöhte Gefahr, sondern die tatsächliche Folge der größeren zeitlichen Nähe. In der gegenteiligen Auffassung scheint mir die angedeutete Verwechslung von Ursache und Wirkung zu liegen.

Es ist auch durchaus nicht immer so, daß größere Nähe auch größere Wahrscheinlichkeit bedeutet. Das sei an folgendem Beispiel erläutert:

Ein Attentäter legt eine Bombe mit Zeitzünder in ein Schiff. Da er unbedingt erreichen will, daß diese Bombe erst auf hoher See explodiert, stellt er die Zünduhr so ein, daß die Explosion erst in fünf Tagen erfolgen wird und sorgt für entsprechende Sicherungsmaßnahmen, die ein vorzeitiges Entzünden verhindern. Jetzt läßt sich bereits am ersten Tage sagen, daß eine Explosion erfolgen werde, wenn die Kausalität den gewohnten Verlauf nimmt. Diese Voraussage kann mit Quasigewißheit gefällt werden, obwohl doch der Schaden erst in fünf Tagen eintreten wird. Hier kann zu diesem Zeitpunkt keinesfalls von einer gesteigerten Gefahr gesprochen werden, sondern es handelt sich um eine einfache Gefahr¹⁾. Eine Beseitigung der Gefahr kann mit normalen Mitteln erfolgen, ohne daß die Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit zu außerordentlichen Maßnahmen zwänge. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Bombe erst wenige Stunden vor der Explosion entdeckt würde. Jetzt steht der Schaden so nahe bevor, daß das Interesse auch unbeteiligter Zivilpersonen in den Hintergrund zu treten hat²⁾. Dieses Beispiel zeigt, daß es Fälle gibt, in denen der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bevorsteht, ohne daß der betreffende Zustand aber eine gesteigerte Gefahr zu sein brauchte. Es zeigt ferner, daß der Zeitpunkt, in dem der Schaden eintreten wird, zwar nahe rücken kann, ohne daß aber das Möglichkeitsurteil mit größerer Sicherheit gefällt werden könnte, als am Anfang. Zu dem Zeitpunkt, auf den die Zünduhr eingestellt ist, wird die Bombe explodieren, das läßt sich vom Augenblick der Einstellung an mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sagen. Einen höheren Grad von Wahrscheinlichkeit kann es aber deshalb nicht geben, weil eine Prognose nie alle eventuellen Ereignisse zu berücksichtigen in der Lage ist.

Ein Vergleich mit dem im Kapitel I über die einfache Gefahr Gesagten zeigt folgendes Bild: Bei der einfachen Gefahr ergibt sich die erforderliche Nähe des Schadens aus der im allgemeinen Gefahrenbegriff gezogenen Mindestgrenze an Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Verletzung, von

¹⁾ Außer Betracht bleibt dabei die Schwere des drohenden Schadens, die sich im Gefahrenbegriff in anderer Weise als in gesteigerter Dringlichkeit ausdrücken kann, vgl. unten Kapitel III.

²⁾ Vgl. hierzu *Franck*, § 1 Erl. II.

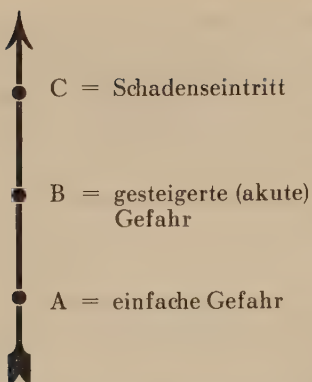
der ab eine Sachlage als gefährlich angesehen werden muß. Bei der gesteigerten Gefahr muß sich die Situation so weit entwickelt haben, daß der Eintritt des Schadens unabhängig davon, ob sich das Wahrscheinlichkeitsurteil mit größerer Sicherheit als bisher fällen läßt, unmittelbar bevorsteht. Kurz: Ist die einfache Gefahr nur der auf den Einzelfall angewandte allgemeine Gefahrenbegriff, so ist die gesteigerte Gefahr eine durch den allgemeinen Gefahrenbegriff gekennzeichnete Sachlage, die unmittelbar vor dem Eintritt einer Verletzung des geschützten Rechtsgutes steht¹⁾.

Bei Einwänden gegen diese Begriffsbestimmungen sollte bedacht werden, daß jede abstrakte Definition eines Begriffes, der auf die unterschiedlichsten Tatsachenverhältnisse angewandt werden muß, da zum Scheitern verurteilt ist, wo zu Unterscheidungsmerkmalen gegriffen wird, die zwar in der Theorie als Mittel der Differenzierung geeignet erschienen, in der Praxis aber der genügenden Bestimmbarkeit entbehren. Aus diesem Grunde wurde bei der Bestimmung des einfachen Gefahrenbegriffs betont, daß eine Festlegung auf eine geringere oder größere Nähe des Schadens nicht erfolgen dürfe. Wo soll die Grenze liegen zwischen der Befürchtung, der Schaden werde „in näherer Zeit“ und der, der Schaden werde „in aller nächster Zeit“ eintreten²⁾? Eine saubere Trennung ist hier doch ebensowenig möglich wie da, wo behauptet wird, das Möglichkeitsurteil müsse bei der einfachen Gefahr mit „großer“ Wahrscheinlichkeit, bei der gesteigerten mit „an Sicherheit grenzender“ Wahrscheinlichkeit gefällt werden können. Wo geht die „große“ in die „an Sicherheit grenzende“ Wahrscheinlichkeit über? Solche feinen Differenzierungen werden sich in der Praxis bestimmt nicht mit der notwendigen Klarheit treffen lassen. Mit dieser Schwierigkeit wird aber jeder zu kämpfen haben, der bei beiden Gefahrengraden vom gleichen Merkmal ausgeht und an dieses Merkmal zum Zwecke der Unterscheidung verschiedene Anforderungen stellt. Sie läßt sich vermeiden, wenn als Unterscheidungsmerkmal ein weiterer Begriff benutzt wird, nämlich die Nähe des Schadens. Sieht man die gesteigerte Gefahr somit quasi „als einfache Gefahr, bei der der Schadenseintritt unmittelbar zu befürchten steht“, so ist m. E. eine saubere und auch für die Praxis brauchbare Differenzierung gefunden. Diese erste mögliche Steigerung des Grades der Gefahr soll als die „akute“ Steigerung bezeichnet werden.

Denkt man sich Gefahrenzustand und Schadenseintritt als zwei Punkte auf einer Senkrechten liegend, so erfährt der Grad der Bedrohung eine Veränderung, je nachdem sich der Abstand dieser beiden Punkte vergrößert oder verringert. Die besonderen Gefahrenbegriffe „einfache Gefahr“ und „akute Gefahr“ bezeichnen demnach verschiedene Punkte auf der Senkrechten, die einen unterschiedlichen Abstand von dem Punkt „Schadenseintritt“ haben.

¹⁾ Ähnlich wie hier: *Rietdorf*, S. 392 f.; *Dreows-Wacke*, S. 96; *Dreows-Lassar*, S. 51 zu § 15 prPVG; RGSt 66, S. 98 ff. auf S. 100; 59, S. 69 ff. auf S. 70; BGH vom 5. März 1954 in NJW 54, S. 1126, rechte Spalte.

²⁾ So *Dreows-Lassar*, S. 51 zu § 15 prPVG.



Der Punkt A ist der Zeitpunkt, von dem ab sich das im allgemeinen Gefahrenbegriff geforderte Möglichkeitsurteil mit der nötigen Sicherheit fällen läßt. Von diesem Zeitpunkt ab rückt der Schadenseintritt C in immer bedrohlichere Nähe bis zum Zeitpunkt B. Jetzt läßt sich objektiv sagen, daß der Eintritt der Verletzung unmittelbar bevorsteht, daß mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln eingegriffen werden muß. Es braucht nicht betont zu werden, daß es sich bei einer Prognose wie dem Urteil „Gefahr“ natürlich in Wirklichkeit nicht um Punkte, im strengen Sinne, sondern um Zeitabschnitte handelt. Ein solcher

Abschnitt muß aber für eine sichere Definition genügen, wobei zu berücksichtigen ist, daß der öffentlichen Gewalt ein zu spätes Eingreifen schon deswegen nicht zuzumuten ist, weil die Gefahrenabwehr sonst u. U. ganz verhindert würde¹⁾.

Aus den obigen Überlegungen ergibt sich auch, daß es nur eine Steigerung des Gefahrengrades geben kann. Auf der gedachten Senkrechten lassen sich die in verschiedenem Abstand vom Schadenseintritt befindlichen Punkte nur zweimal mit der erforderlichen Sicherheit fixieren. Eine Differenzierung nach größerer oder geringerer Nähe der drohenden Verletzung ist in abstracto nicht möglich, so etwa, daß diese bei der ersten Steigerung nahe vor der Verwirklichung stände, bei der zweiten noch etwas näher und bei der dritten ganz nahe. Eine Einteilung nach Stunden oder Minuten ist ebenso selbstverständlich ausgeschlossen. Diese Tatsache, daß alle besonderen Gefahrenbegriffe, die eine in dieser Weise gesteigerte Bedrohung ausdrücken, gleiche Intensität erfordern, ist festzuhalten.

Es sei zum Abschluß der allgemeinen Betrachtung zum gesteigerten Gefahrenbegriff noch darauf hingewiesen, daß ein Zusammenfallen der Punkte A und B in der obigen Skizze durchaus denkbar erscheint. Das würde der Fall sein, wenn sich erst dann mit der nötigen Sicherheit die betr. Situation als gefährlich kennzeichnen ließe, wenn der Schaden bereits unmittelbar bevorsteht. Die jetzt bestehende Gefahr wäre von Anfang an eine akute. Das Stadium der einfachen Gefahr wäre quasi übersprungen worden.

Wurden bereits bei der gesetzlichen Kennzeichnung der einfachen Gefahr die unterschiedlichsten Formulierungen festgestellt, so ist das in noch höherem Maße der Fall bei der gesteigerten Gefahr. Nicht nur die

¹⁾ Neben der Steigerung des Gefahrengrades durch Annäherung an den Zeitpunkt der Verletzung steht die „quantitative“ Steigerung, die dadurch hervorgerufen wird, daß der drohende Schaden ungewöhnlich groß sein wird. Diese Steigerung ist in Kapitel III unten zu behandeln.

Polizei- und Ordnungsgesetze verwenden hier den Gefahrenbegriff, sondern auch das Bundesleistungsgesetz. Es lassen sich im wesentlichen drei Gruppen von Gesetzen mit einheitlichen Merkmalen feststellen:

1. Die Gesetze, die durch Hinzufügung eines Adjektivs zum Wort „Gefahr“ ohne weiteres erkennen lassen, daß sie das Vorliegen eines gesteigerten Gefahrengrades verlangen.
2. Die Gesetze, die durch Hinzufügen mehrerer Adjektive im besonderen Gefahrenbegriff den Anschein erwecken, als ob sie über die Steigerung des Grades der Gefahr hinaus noch weitere Merkmale erfordern.
3. Die Gesetze, die einen gesteigerten Gefahrenbegriff verwenden, ohne das äußerlich erkennen zu lassen.

Zu 1: Alle Polizei- und Ordnungsgesetze enthalten den gesteigerten Gefahrenbegriff in eindeutiger Weise.

a) *Die unmittelbar bevorstehende Gefahr*

Auch heute noch bringen die meisten neuen Ländergesetze die Steigerung der Gefahr durch Gebrauch der Formulierung des prPVG¹⁾ zum Ausdruck²⁾. Ebenso wie beim einfachen Gefahrenbegriff liegt auch hier entweder eine Tautologie oder die untechnische Verwendung des Wortes Gefahr anstelle von Schaden vor³⁾. — Gleich, welche Meinung man zu dieser Frage vertritt, macht doch die Verwendung der Apposition „unmittelbar bevorstehend“ besonders deutlich, worauf es bei dem erhöhten Grad der Bedrohung im wesentlichen ankommt, auf die Nähe des drohenden Schadens.

b) *Die gegenwärtige Gefahr*

Von diesem Begriff wollten auch, soweit es seinen Inhalt angeht, die Gesetze nicht abgehen, die von einer „gegenwärtigen Gefahr“ sprechen⁴⁾. Hier wird ersichtlich ein höherer Grad von Gefahr vorausgesetzt, als der gemeinhin genügende. Dieser Gefahrenbegriff kann aber nach den oben gemachten Ausführungen immer nur der eine mögliche Begriff der gesteigerten Gefahr sein. Die Ersetzung der Wendung „unmittelbar bevorstehend“, durch das Adjektiv „gegenwärtig“ beabsichtigt lediglich eine Vermeidung der Tautologie des prPVG und erzielt damit eine Angleichung an die gleichlautenden und -bedeutenden besonderen Gefahrenbegriffe, z. B. der §§ 52, 54 StGB; 904 BGB.^{5) 6)}

¹⁾ §§ 15, 21 prPVG.

²⁾ So § 15 PolGesHess.; §§ 8, 9 Abs. 1 b SOG; § 27 Abs. I PVG RhldPf. Von den älteren noch in Geltung befindlichen Gesetzen: das Bremische Gesetz betr. das Vorführen und einstweilige Festhalten von Personen vom 17. Juli 1931 (GBI Bremen 189).

³⁾ M. E. handelt es sich aus den oben im Kapitel I angeführten Gründen um eine Tautologie.

⁴⁾ § 19 OBG; § 2 UG NRW; § 17 a PolGesHess.; § 6 Abs. I PVG RhldPf.; Art. 17 PAG.

⁵⁾ Die hier nicht behandelt werden, weil sie zu einer *Verbesserung* der Stellung des Einzelnen führen und ohne Auswirkung auf die öffentliche Gewalt sind.

⁶⁾ Vgl. Rietdorf, S. 29 f. S. 393; VVOBG Nr. 37 zu § 19; Senger-Kurzmann, S. 138 f.; zur gegenwärtigen Gefahr im Strafrecht: RGSt 66, S. 98 ff. auf S. 100; 61, S. 242 ff. auf S. 235; 36, S. 334 ff. auf S. 339; RGSt in JW 1919, S. 584 f. (Nr. 3); Schönke-Schröder, § 52 Anm. III 2 a.

Aus der reichhaltigen Zivilrechtsprechung zum Begriff der gegenwärtigen Gefahr ist besonders das Urteil RGZ 57 S. 187 ff. von Bedeutung, dem sich der größte Teil der zivilrechtlichen Literatur angeschlossen hat. Das RG führt hier zum § 904 BGB aus, daß das Merkmal der Gegenwartigkeit eine Vorhersehbarkeit des Eintritts der Gefahr ausschließe. Habe vorhergesehen werden könnten, daß es zu einer Gefährdung kommen werde, so könne das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr nicht anerkannt werden.¹⁾ ²⁾

Nun könnte man die Anwendung der Auffassung des RG auf das Polizei- und Ordnungsrecht von vornherein ablehnen mit der Begründung, der § 904 BGB betreffe eine typisch zivilrechtliche Interessenlage. Diese Begründung wäre aber nicht stichhaltig. Zwar hat die Bezeichnung der Gefahrenlage des § 21 prPVG als „polizeilichen Notstand“ schon oft Widerspruch gefunden, dieser Widerspruch ist auch insofern berechtigt, als die Polizei- und Ordnungsbehörden sich ja nicht selbst in einem Notstand befinden, die Gefahr droht der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung. Aber auch bei § 904 BGB ist es nicht erforderlich, daß derjenige, der zur Abwehr der Gefahr tätig wird, selbst bedroht ist. Sowohl der polizeirechtliche Notstand als auch der des § 904 BGB gehen auf einen Gedanken zurück, nämlich den der Güterabwägung. Dieser Grundgedanke rechtfertigt aber m. E. eine Gleichbehandlung beider Rechtsinstitutionen und läßt es sehr fragwürdig erscheinen, ob man die Argumentation des RG für den Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts deswegen ablehnen kann, weil es sich um verschiedene Interessenlagen handle. Das ist aber auch gar nicht notwendig! Bei Zurückführung auf den oben erwähnten Grundgedanken zeigt sich nämlich, daß die Definition des RG weder für den Bereich des Zivil-, noch für den des Polizei- und Ordnungsrechts zu halten ist.

In beiden Fällen handelt es sich darum, daß ein Rechtsgut Einschränkungen hinnehmen muß, weil einem anderen Rechtsgut ein Schaden droht und dieser Schaden wegen der Höherwertigkeit des zweiten Rechtsgutes bei vernünftiger Abwägung auch auf Kosten zumutbarer Nachteile für das erste Gut zu verhindern ist. Das notwendige Überwiegen des abzuwehrenden Schadens drückt § 904 BGB expressis verbis aus³⁾, es ergibt sich im Polizei- und Ordnungsrecht aus der Qualität des geschützten Rechtsguts⁴⁾ und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. In dieser Rege-

¹⁾ Das RG definiert die gegenwärtige Gefahr als „ein außergewöhnliches Ereignis, durch das die bestehenden Verhältnisse, mit denen man rechnen muß, derartig verändert werden, daß eine sofortige Abhilfe . . . notwendig wird“, und bringt seine Definition dann auf S. 191 f aaO auch mit Konsequenz zur Anwendung, indem es ausführt: „... wenn dem Beklagten kein Recht zusteht, das Rittergut des Klägers zur Ableitung seiner Grubenwässer zu benutzen, so mußte er mit der Möglichkeit rechnen, daß der Kläger gutwillig sie nicht länger dulde, u. es kann daher nicht von einer „gegenwärtigen Gefahr“ . . . gesprochen werden, wenn dieser Fall nun eintritt“.

²⁾ So heute noch: *Baur in Soergel*, S. 94 zu § 904, Anm. 2; *Ermann*, S. 1302 zu § 904 Anm. 3; *Meisner-Ring*, S. 165.

³⁾ § 904, S. 1 zweiter Halbsatz: „... der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist“.

⁴⁾ Öffentliche Sicherheit oder Ordnung.

lung haben weder Gedanken der Härtemilderung (etwa weil ein plötzlicher, nicht vorhersehbarer Schaden eine unbillige Härte bedeuten würde, die auszugleichen ist) noch überhaupt Erwägungen Platz, die die subjektiven Voraussetzungen des Entstehens der Gefahr berücksichtigen. Zu begutachten ist die Augenblickslage (der „Einzelfall“) daraufhin, ob ein Schutz des jetzt bedrohten Rechtsguts notwendig und eine Einschränkung des dem Unbeteiligten zustehenden Rechtsgutes zumutbar ist. Äquivalent ist in beiden Fällen die Schadensersatzpflicht. Seltsamerweise tragen aber¹⁾ alle Autoren dem obigen Gedanken Rechnung, indem sie ein Verschulden des Gefährdeten als unbeachtlich bezeichnen, obwohl sie der RG-Auffassung folgen²⁾. Dabei wird offenbar nicht bedacht, daß Verschulden Vorsatz und Fahrlässigkeit umfaßt. Wer vorsätzlich eine Gefahr herbeiführt, hat ihren Eintritt aber auch vorausgesehen. Verschulden und Voraussehbarkeit sind also untrennbar miteinander verknüpft. Eine Nicht-Voraussehbarkeit ist deshalb sowohl für § 904 BGB als auch für das Polizei- und Ordnungsrecht nicht als Merkmal des Begriffes der gegenwärtigen Gefahr anzuerkennen.^{3) 4)}

c) Die unmittelbar bedrohende Gefahr und die unmittelbare Gefahr

§ 4 Abs. I PolGesSchlH und § 19 Abs. IV Bremer Gesetz über das Verwaltungsverfahren und den Verwaltungszwang⁵⁾ sind erkennbar an das prPVG angelehnt, zumal hier die gleichen Fragen geregelt werden, wie in § 15 prPVG. Es handelt sich daher um den polizei- u. ordnungsrechtlichen gesteigerten Gefahrenbegriff wie er oben dargestellt wurde. Grund der Veränderung im Wortlaut war wohl auch hier die Vermeidung der Tautologie.

d) Die dringende Gefahr

Dieser Begriff wurde zuerst durch Art. 13 Abs. III GG verwandt und wird im Anschluß daran in einigen der von dieser Bestimmung geforderten Gesetze⁶⁾ gebraucht⁷⁾. Auch hier handelt es sich wieder um den überall gültigen gesteigerten Gefahrenbegriff. Der Ansicht einiger Autoren⁸⁾, daß der Begriff der dringenden Gefahr über das Erfordernis des unmittelbaren Bestehens eines Schadens hinaus noch eine besondere Bedeutung der bedrohten Rechtsgüter oder einen „ernsthaften“ Schaden verlange, kann nicht gefolgt werden. Ganz davon abgesehen, daß ein Eingreifen zur

¹⁾ Worauf Palandt-Hoche, § 904, Anm. 2 b zutreffend hinweist.

²⁾ So z. B. Ermann, § 904, Anm. 3; Meisner-Ring, S. 165; Biermann, § 904, Anm. 1 a.

³⁾ So auch: Friedrichs, S. 145 zu § 21 prPVG; Denecke in RGRK, S. 191, Anm. 5 zu § 904 (obwohl hier die Definition des RG als eigene benutzt wird); Seufert in Staudinger, S. 387, Rdnr. 8 zu § 904; Plandk, S. 356, Anm. 2 a zu § 904; Westermann, S. 118 Anm. III, 1.

⁴⁾ Im Polizei- und Ordnungsrecht kommt als weiteres Argument die besondere Beschaffenheit des geschützten Rechtsguts hinzu. Über die öffentliche Sicherheit und Ordnung kann weder eine (gefährdete) Einzelperson noch die Behörde disponieren und dadurch, daß sie trotz Voraussehbarkeit nicht eingreift praktisch auf eine Bekämpfung verzichten.

⁵⁾ Vom 16. April 1934 (Brem. GBl. S. 136) i. d. F. vom 29. Oktober 1954 (Bremer Gbl. S. 111).

⁶⁾ „Auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“.

⁷⁾ § 25 Abs. I PolGesBadWü; § 3 Abs. I SOG; § 19 Abs. I PVG RhldPf.

⁸⁾ Müller-Heidelberg, S. 55 zu § 3 Abs. I; Reiff, S. 105 zu § 25; Scupin, im Handbuch, S. 637; vgl. auch OVG Lüneburg in DVBl 1954, S. 719.

Abwehr eines nicht ernsthaften Schadens schon gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde, läßt sich ein solcher Schluß auch nicht aus der beispielhaften Aufzählung von geschützten Rechtsgütern in Art. 13 Abs. III GG ziehen. Die Behebung der Raumnot unterfällt ebenso dem herkömmlichen Inhalt des Begriffes „öffentliche Sicherheit und Ordnung“, wie die Bekämpfung von Seuchengefahr oder der Schutz gefährdeter Jugendlicher. Es ist also nirgends ersichtlich, warum die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ hier eine andere Bedeutung haben sollte, als im übrigen Ordnungsrecht.

Auch die Ausführungen v. Mangoldt-Kleins¹⁾, die dringende Gefahr sei gleichbedeutend mit den drohenden oder konkreten Gefahren des Polizeirechts, können nicht richtig sein. Über den Unterschied zwischen abstrakter und konkreter Gefahr wird hier gar nichts gesagt, denn auch eine dringende Gefahr kann zum Tatbestandsmerkmal einer Ordnungs-VO werden, also „abstrakte“ Gefahr sein. M. E. ist das Adjektiv „dringend“ einer weiteren Auslegung gar nicht bedürftig. Hier wird in besonders deutlicher Weise zum Ausdruck gebracht, daß eine „zur Eile“ drängende Lage bestehen muß. Nicht mehr und nicht weniger sollte man aus diesem Begriff herauslesen.

Z u 2 :

e) War bei den zu 1. erörterten Gesetzen ohne Schwierigkeiten zu erkennen, daß der verwandte besondere Gefahrenbegriff einen gesteigerten Grad von Gefahr ausdrückt, so wird die Untersuchung kompliziert dadurch, daß § 31 Abs. I PolGesHess. und Art. 12 PAG ein weiteres Adjektiv neben dem in den Gesetzen zu 1. gebräuchlichen verwendet²⁾.

Was die Bedeutung der Begriffe „unmittelbar bevorstehend“ und „dringend“ angeht, so darf insoweit auf das oben zu 1. Gesagte verwiesen werden. Es handelt sich auch hier um die gleiche (akute) Steigerung des Grades der Gefahr wie bisher. Fraglich kann nur sein, worin das Merkmal der „Erheblichkeit“ zum Ausdruck kommen sollte. Es scheint mir nicht möglich, den Zusatz „erheblich“ für bedeutungslos zu halten, weil der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ohnehin eine Güterabwägung erforderlich mache³⁾. Hier muß es sich vielmehr um ein besonderes, über den Rahmen des Üblichen hinausgehendes Erfordernis handeln. Zu diesem Ergebnis kommt man dann, wenn man das Wort „erheblich“ nicht als Gegensatz zu „unerheblich“ auffaßt, sondern im Sinne von „besonders schwerwiegend“ versteht. Der im gesamten Polizei- und Ordnungsrecht geltende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so wie er in

¹⁾ S. 408.

²⁾ Art. 12 PAG: „unmittelbar bevorstehende, *erhebliche* Gefahr“ als Voraussetzung der Inanspruchnahme eines Nichtstörers; § 31 Abs. I PolGesHess. „dringende und erhebliche Gefahr“ als Voraussetzung für das Eindringen in eine Wohnung.

³⁾ So etwa Rietdorf, S. 30, als Kommentar zu der im Regierungsentwurf zum OBG vorgesehenen gleichen Formulierung.

§ 15 OBG seine gültige Formulierung gefunden hat, besagt ja nur, daß die behördlichen Maßnahmen nicht zu einem Schaden führen dürfen, „der zu dem beabsichtigten Erfolg erkennbar außer Verhältnis“ steht. Diese negative Fassung ist wohl zu beachten! Demgegenüber müssen die in Frage kommenden Bestimmungen des PAG und des PolGesHess so ausgelegt werden, als ob sie in positiver Weise formulierten, etwa so, daß der durch die Gefahr drohende Schaden den durch die Abwehr entstehenden erheblich überwiegen müsse, daß er besonders schwerwiegend sein müsse¹⁾. Damit würde dann allerdings im Gegensatz zur dringenden Gefahr in Art. 13 Abs. III GG eine echte Einengung des Gesetzesbegriffs „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ erzielt worden sein²⁾. In Art. 12 PAG und § 31 PolGesHess. sind die öffentliche Sicherheit und Ordnung nur soweit geschützt, wie aus einer Verletzung ein schwerwiegender Schaden entstehen würde. Relevant sind also nur solche Gefahren, die zu Schäden an Leib oder Leben führen können und solche, die den Eintritt besonders wesentlicher Vermögens- oder Idealschäden befürchten lassen³⁾.

Zu 3 :

f) Das Adjektiv „erheblich“ wird weiterhin gebraucht in § 1 Freiheitsentziehungsgesetz Hessen, wo die Unterbringung gewisser Personen nur unter der Voraussetzung gestattet ist, daß sie eine „erhebliche Gefahr für ihre Mitmenschen“ darstellen. Hier kommt dem „erheblichen“ eine andere Bedeutung zu als in den Gesetzen zu 2. Es bringt eine Steigerung des Grades der Gefahr zum Ausdruck und ist daher im Sinne von „dringlich“ oder „gegenwärtig“ aufzufassen. Diese Ansicht läßt sich folgendermaßen begründen:

aa) In Art. 12 PAG und § 31 PolGes Hess zwingt die Verwendung zweier Adjektive dazu, dem Zusatz „erheblich“ eine andere Bedeutung als die des „unmittelbaren Vorstehens eines Schadens“ zu geben. Das ist aber nicht der Fall in § 1 Freiheitsentziehungsgesetz. Hier kann „erheblich“ in jeder Weise interpretiert werden, die dem Wortsinn entspricht. Eine Gefahr ist aber nicht nur dann erheblich, wenn sie zu schweren Folgen führt, sondern vor allem auch dann, wenn sie besonders drohend ist, dicht vor der Verwirklichung des Verletzungserfolges steht. Daß hier nur die zweite Auslegung zum Zuge kommen kann, ergibt sich aus den weiteren Gründen.

bb) Die (in fast allen Ländern erfolgte) Herausnahme der Unterbringung geisteskranker und -schwacher Personen aus der allgemeinen Regelung (die im Anschluß an § 15 prPVG erfolgt ist) hat ihren Grund nicht darin, daß andere (zudem noch schwächere) Voraussetzungen als bisher

¹⁾ Eine gesetzliche Parallele findet sich im Verhältnis der §§ 228 und 904 BGB zueinander: § 228: „... der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht“, § 904: „der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung... entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist“.

²⁾ Das geschützte Rechtsgut in Art. 12 PAG kann m. E. nur aus Art. 2 PAG herausgefunden werden. Mitwirkung an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist die Aufgabe der Polizei, geschütztes Rechtsgut in Art. 12 PAG kann daher mangels besonderer Regelung auch nur die öffentliche Sicherheit und Ordnung sein.

³⁾ Vgl. auch Rietdorf, S. 394.

gefordert werden sollten, sondern ist eine Folge des Art. 104 GG. Die Unterbringung Geisteskranker überdauert ja in aller Regel die Frist des Art. 104 Abs. II GG, führt also immer zum Einschreiten des Richters, während die polizeiliche Verwahrung eine kurzfristige sein kann. Aus der Sonderregelung lassen sich also keine Argumente gegen eine Weitergeltung des auch bisher für eine Freiheitsentziehung vorausgesetzten besonderen Gefahrenbegriffs herleiten.

cc) Gegen eine solche Änderung des gesteigerten Gefahrengrades in eine einfache Gefahr spricht auch die Tatsache, daß § 17 PolGesHess. weiterhin eine „gegenwärtige Gefahr“ für Leib oder Leben (Ziffer a) oder die „unmittelbar bevorstehende Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung“ (Ziffer b) als Voraussetzung jeder Verwahrung, die nicht die Unterbringung eines Geisteskranken darstellt, verlangt.

dd) Da aber nach § 10 Freiheitsentziehungsgesetz bei „Gefahr im Verzuge“¹⁾ auch die Verwaltungsbehörden die Verwahrung eines Geisteskranken anordnen können, wenn die Voraussetzungen des § 1 Freiheitsentziehungsgesetz erfüllt sind, kann es sich nur um die gleiche Gefahrenlage handeln wie in § 17 PolGesHess. Andernfalls könnte die gleiche Behörde eine Maßnahme in zwei Fällen treffen, ohne daß beide Male die gleichen Mindestvoraussetzungen vorliegen müßten²⁾.

Es ist daher festzustellen, daß die „erhebliche Gefahr für . . . Mitmenschen“³⁾ in § 1 Freiheitsentziehungsgesetz Hessen gleichbedeutend ist mit dem oben gefundenen gesteigerten Gefahrenbegriff.

g) Nicht so eindeutig wie im vorgenannten Falle läßt sich die Bestimmung des Gefahrenbegriffs in § 22 Abs. I S. 2 PolGesBadWü treffen, der von einer „drohenden Gefahr für Leib oder Leben“ spricht. An und für sich deutet diese Formulierung in nichts darauf hin, daß es sich hier um eine andere als die einfache Gefahr handeln sollte, denn „drohend“ ist ja eigentlich nur ein Hinweis auf den allgemeinen Gefahrenbegriff. Trotzdem bin ich der Ansicht, daß auch in § 22 Abs. I S. 2 PolGesBadWü der Tatbestand nur dann erfüllt ist, wenn der Eintritt eines Schadens unmittelbar bevorsteht.

Art. 104 Abs. II GG behandelt die Freiheitsentziehung durch ein anderes Organ des Staates als den Richter ganz ersichtbar als Ausnahme und gibt zu erkennen, daß dieser Ausnahmefall nur eintreten darf, wenn eine Notwendigkeit dafür besteht, d. h. wenn die Situation so weit fortgeschritten ist, daß für eine Einhaltung des normalen Weges keine Zeit bleibt. Folgerichtig verlangen § 17a PolGes Hess., § 6 Abs. I PVG RhldPf.

¹⁾ Ein in vielen Gesetzen gebrauchter untechnischer Gefahrenbegriff, der soviel besagt, wie „wenn die sonst zuständige Behörde zu spät kommen würde“.

²⁾ Logisch wäre es sogar, im Falle des § 1 Freiheitsentziehungsgesetz noch engere Voraussetzungen auch bezüglich des Gefahrengrades anzunehmen als in § 17 PolGesHess.

³⁾ Zu dem geschützten Rechtsgut sei hier nur soviel gesagt, daß ein wesentlicher Unterschied zu der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht würde festgestellt werden können. Es ist nicht anzunehmen, daß Vermögensgefahren (sofern sie nur dringend sind) auscheiden sollen. Ebenso wenig könnten Einwände gegen die Unterbringung eines Kranken vorgebracht werden, der die allgemeine Sittlichkeit und damit die öffentliche Ordnung ständig verletzt, denn auch damit gefährdet er im weiteren Sinne seine Mitmenschen.

und Art. 17 PAG auch für die Schutzhaft das Vorliegen akut gesteigerter Gefahr¹⁾.

Selbst wenn also der BadWü-Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt haben sollte, die gesteigerte Gefahr zum Tatbestandsmerkmal zu machen, müßte ein solcher Gefahrenbegriff m. E. aus Art. 104 Abs. II GG herausgelesen werden.²⁾ ³⁾

h) Es bleibt zuletzt zu untersuchen, welcher Gefahrengrad in dem Begriff der „drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes“ in § 1 Abs. I Ziff. 1 BLeistG vorausgesetzt wird. Dabei ist festzustellen, daß es sich auch hier wieder um den gesteigerten Gefahrenbegriff handeln muß, obwohl ein auf eine solche Steigerung hinweisendes Adjektiv fehlt; denn das Wort „drohend“ sagt nach seiner sprachlichen Bedeutung nichts über die zeitliche Nähe des drohenden Schadens aus. Das läßt sich schlüssig begründen:

aa) Der Leistungspflichtige des BLeistG, der der Anforderungsbehörde gegenüber steht, ist stets ein Unbeteiligter, im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne ein „Nichtstörer“. Es ist aber ein alter Grundsatz des Polizeirechts, daß eine solche Zivilperson nur zur Abwehr einer dringenden, gesteigerten Gefahr in Anspruch genommen werden darf.

bb) Der Regierungsentwurf zum BLeistG vom 21. Okt. 1955⁴⁾ wollte als Anforderungsgrund einen „öffentlichen Notstand“ aufgenommen wissen und nannte als Beispiel für einen solchen Notstand insbesondere „gemeine Gefahren“ und „erhebliche Störungen und Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“. Der Bundesrat hielt jedoch die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für eine Notstandsregelung nicht für gegeben und erreichte eine Änderung des Entwurfes; gegen die erforderliche Dringlichkeit der zu einer Anforderung berechtigenden Sachlage wollte der Bundesrat aber sicher nichts einwenden.

cc) Mit Sicherheit läßt sich der Schluß, daß es sich in § 1 Abs. I Ziff. 1 BLeistG um eine gesteigerte Gefahr handeln müsse, aber aus § 94 BLeistG ziehen. Diese Bestimmung gestattet eine Einschränkung des Grundrechts der Unverletzlichkeit der Wohnung aus den in § 1 aufgeführten Gründen, also auch zur Abwehr der Gefahr des § 1 Abs. I Ziff. 1. Eine Gefahr, die zum Eingriff in die Unverletzbarkeit der Wohnung berechtigen soll, muß aber nach Art. 13 Abs. III GG immer eine ge-

¹⁾ Demnach sind jetzt auch § 15 prPVG und die daran anlehenden Bestimmungen der Ländergesetze so auszulegen, daß eine Schutzhaft nur noch bei unmittelbarem Bestehen eines Schadens angeordnet werden darf.

²⁾ a. A. Reiff, S. 94.

³⁾ Die Beschränkung auf Gefahren für Leib oder Leben bedeutet hier, ebenso wie in § 17 a PolGes Hess; § 6 Abs. I PVG RhldPf u. Art. 17 PAG keine im besonderen Falle vorgenommene Einengung auf ein wertvolles Rechtsgut. („Quantitative“ Steigerung der Gefahr, s. unten Kapitel III). Eine Schutzhaft ist begrifflich nur möglich, um die Person des in Verwahrung genommenen zu schützen, also dessen Körper und Leben zu erhalten. In gleicher Weise sind auch § 15 prPVG u. alle anderen Bestimmungen zu interpretieren, die keine Rechtsbegriffsbestimmung vornehmen. Vgl. auch Scupin, im Handbuch, S. 633 f.

⁴⁾ Bundestagsdrucksache Nr. 1804.

meine, eine Lebens- oder eine dringende Gefahr sein. Da die Rechtsgrundlage für einen Eingriff zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für Einzelne bereits in Art. 13 Abs. III GG selbst gegeben ist, kann es sich in einem Ermächtigungsgesetz — gemäß Art. 13 Abs. III 2. Halbsatz — nur um eine dringende Gefahr handeln¹⁾).

Auch dem § 1 Abs. I Ziff. 1 BLeistG ist daher der gesteigerte Gefahrenbegriff zugrunde zu legen.

§ 11: *Erweiterung der Befugnisse der Staatsgewalt in bezug auf den in Anspruch zu nehmenden Personenkreis: Der polizei- und ordnungsbehördliche Notstand.*

Das Bestehen einer gesteigerten Gefahr im Einzelfalle hat erweiterte Befugnisse der öffentlichen Gewalt in persönlicher und in sachlicher Beziehung im Gefolge und damit eine Einengung des Rechtskreises der Zivilperson gegenüber dem Bestehen einer einfachen Gefahr.

Für die Polizei- und Ordnungsbehörden fällt in persönlicher Beziehung die Beschränkung des Kreises der möglicherweise in Anspruch zu nehmenden Personen auf die Störer fort²⁾. Der polizei- und ordnungsbehördliche Notstand ist eine Regelung, die für bestimmte Fälle Ausnahmen von der Norm schafft, daß nur der zur Beseitigung einer Gefahr angehalten werden darf, der sie verursacht hat. Die Behörde findet nicht eine weitere, zu Eingriffen ermächtigende Rechtsgrundlage, sondern wird von den Beschränkungen befreit, die sie bei der Bekämpfung einer einfachen Gefahr hinsichtlich der in Anspruch zu nehmenden Zivilpersonen beachten muß³⁾. Auf das prPVG angewandt bedeutet das, daß die in § 14 prPVG enthaltenen Voraussetzungen für ein polizeiliches Vorgehen überhaupt immer vorliegen müssen. Erst wenn das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale bejaht werden kann, ist weiter zu fragen, ob die in Frage kommende Maßnahme nur gegen einen Störer gerichtet werden darf, oder ob auch unbeteiligte Personen herangezogen werden dürfen.

Der polizei- und ordnungsbehördliche Notstand entspringt dem Gedanken der Interessen- und Güterabwägung⁴⁾. In gewissen Fällen muß das private Interesse hinter dem ganz überwiegenden öffentlichen Interesse zurückstehen, das geringwertige Gut muß eine Belastung dulden, obwohl es an der Entstehung der zu beseitigenden Gefahr unbeteiligt ist, wenn nur dadurch ein höherwertiges Gut geschützt werden kann. Der Einzelne ist gezwungen, Opfer für die Allgemeinheit zu bringen.

Im Rahmen dieser Untersuchung ist besonders die Tatsache herauszustellen, daß bei Vorliegen einer gesteigerten Gefahr u. U. nicht nur der Störer im Sinne der oben angestellten Erörterungen, sondern auch ein unbeteiligter Dritter, der für die Entstehung der Gefahr nicht verantwortlich ist, von der Behörde in Anspruch genommen werden darf.

¹⁾ Vgl. Kaufmann, S. 366.

²⁾ Das Bundesleistungsgesetz begründet Eingriffsmöglichkeiten, die sich immer gegen einen Unbeteiligten richten.

³⁾ Friedrichs, S. 144; Franzen, S. 257 zu § 21 prPVG.

⁴⁾ Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 208.

Mit einer solchen Inanspruchnahme wird jedoch streng genommen jedesmal gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, denn der zur Gefahrabwehr Herangezogene hat ja ebenso wenig oder soviel Beziehung zu der Gefahr wie alle anderen, nicht in Anspruch genommenen auch. Aus diesem Grunde sorgt das Gesetz durch Aufnahme entsprechender verschärfter Bedingungen neben dem gesteigerten Gefahrenbegriff einmal dafür, daß die Gefahrenabwehr durch Belastung eines Nichtstörers ein Ausnahmefall bleibt und verfügt zum anderen einen Ausgleich dafür, daß das private Interesse zurückstehen muß durch Gewährung einer Entschädigung.

Die neuen Polizei- und Ordnungsgesetze formulieren die Voraussetzungen des Notstandes, die außer der gesteigerten Gefahr vorliegen müssen, z. T. abweichend von § 21 prPVG. An den sachlichen Voraussetzungen dieser Bestimmung hat sich jedoch nichts geändert, denn die neu aufgenommenen Bedingungen sind lediglich Positivierungen der auch bisher schon durch die Rechtssprechung festgelegten¹⁾. Daher gelten in allen Ländern heute die gleichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines polizei- und ordnungsrechtlichen Notstandes. Diese Voraussetzungen sollen hier kurz dargestellt werden, weil sie zur Erläuterung der bezüglich des Personenkreises erweiterten Eingriffsmöglichkeiten der Behörde bei Abwehr einer gesteigerten Gefahr wesentlich sind²⁾.

a) Subsidiarität des Einschreitens gegen einen Unbeteiligten

Auch zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr sind Maßnahmen gegen einen Nichtstörer³⁾ nur rechtmäßig, wenn ein Einschreiten gegen einen Störer nicht „möglich, ausreichend oder zulässig ist“⁴⁾. Dieser Grundsatz der Subsidiarität besagt, daß beim Vorhandensein eines für die Entstehung einer Gefahr Verantwortlichen in der Regel dieser Verantwortliche vor dem Nichtstörer in Anspruch zu nehmen ist⁵⁾. Wenn kein Störer vorhanden ist, z. B. bei einem Naturereignis, darf auf einen Unbeteiligten zurückgegriffen werden. Gleiches gilt für den Fall, daß der Störer nicht oder nicht früh genug, um die Abwehr der Gefahr (es handelt sich hier wohl gemeint immer um dringende Situationen) zu gewährleisten, aufzufinden oder zu erreichen ist, oder daß zwar ein Verursacher vorhanden, dieser aber nicht imstande ist, die Gefahr zu beseitigen. Das kann z. B. der Fall sein bei finanziellem Unvermögen des Störers. Nicht zulässig sind Maßnahmen gegen den Störer endlich nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn die Heranziehung zwar möglich

¹⁾ Senger-Kurzmann, S. 137; Müller-Heidelberg, S. 69.

²⁾ Die Gefahrenbegriffe in den einzelnen Gesetzen seien noch einmal aufgezeigt: §§ 21 prPVG; 15 PolGesHess; 8 SOG; 27 PVG RhldPf: unmittelbar bevorstehende Gefahr; § 19 OBG: gegenwärtige Gefahr; Art. 12 PAG: unmittelbar bevorstehende dringende Gefahr.

³⁾ Unter „Nichtstörer“ sind alle Personen zu verstehen, die nicht „Störer“ im oben erläuterten Sinne sind, die Personen also, die an der Entstehung der Gefahr unbeteiligt sind.

⁴⁾ So § 19 OBG und Art. 12 Abs. I PAG. Die übrigen Gesetze formulieren anders; z. B.: „Beseitigung . . . auf andere Weise nicht möglich“ (§§ 21 prPVG, 8 SOG) oder (Wenn) . . . „. . . Nach den §§ . . . verantwortliche Personen nicht oder nicht rechtzeitig in Anspruch genommen werden können“. (§ 15 Abs. Ia PolGesHess) oder: „. . . nicht in Anspruch genommen werden können“. (§ 27 Abs. Ia PVG RhldPf.)

⁵⁾ vgl. hierzu: Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 208 ff; Friedrichs, S. S. 258 f; Franzen, S. 263; Drems-Lassar, S. 69; Drems-Wacke, S. 94.

wäre, aber eine ungleich größere Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verursachen würde, als sie durch die Gefahr zu befürchten steht¹⁾).

b) Die *Vorpflichtigkeit der Behörde*

Lassen sich Maßnahmen gegen einen Verursacher aus den obigen Gründen nicht treffen, so ist vor der Heranziehung eines Unbeteiligten die Behörde verpflichtet, mit eigenen Mitteln einzugreifen²⁾. Dabei stand die h. M. bisher auf dem Standpunkt, daß die Kostenfrage unter keinen Umständen eine Rolle für die Behörde spielen dürfte, daß sie also auch dann auf die Inanspruchnahme eines Nichtstörers verzichten müßte, wenn eine solche Inanspruchnahme ganz unwesentliche Nachteile für die Zivilperson im Gefolge hätte, während die Gefahrenabwehr durch eigene Mittel zwar möglich wäre, aber außerordentlich hohe Kosten verursachen würde³⁾. Eine solche Auffassung wird sich heute kaum noch halten lassen. Das hieß in der Tat, den Rechtsschutz des Einzelnen überspitzen. Die Verpflichtung der Polizei- und Ordnungsbehörden, mit eigenen Mitteln eine bestehende Gefahr abzuwehren, muß sich vielmehr im Rahmen des vernünftigen halten. Da, wo ein Kostenaufwand gänzlich unzumutbar ist, die Grenze des vernünftigerweise zu erwartenden überschreitet und eine Heranziehung der unbeteiligten Zivilperson nur geringe Nachteile bringen würde, muß die Pflicht der Behörde, vorrangig eigene Mittel einzusetzen, aufhören⁴⁾.

c) *Zumutbarkeit*

Liegen die Voraussetzungen zu a) und b) vor, so darf zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr auch ein Nichtstörer in Anspruch genommen werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwingt aber auch jetzt noch zu der Einschränkung, daß jede Maßnahme zu unterlassen ist, die die Zivilperson an Leib oder Leben gefährdet, oder sie an der Erfüllung anderweitiger überwiegender Pflichten hindern würde⁵⁾.

d) *Die Grenzen von Notstandsmaßnahmen*

Maßnahmen gegen einen Unbeteiligten dürfen nur solange und soweit aufrechterhalten werden, wie andere Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr nicht bestehen. Das bedeutet die Notwendigkeit einer Beschränkung auf das in zeitlicher und sachlicher Hinsicht unbedingt notwendige Maß. Die Notstandsverfügung darf der Zivilperson nur soweit eine Belastung auferlegen, wie es die Abwehr der Gefahr erfordert. Ist also z. B. bei einem

¹⁾ Diese Ansicht ist heute wohl unbestritten, vgl. *Klausener-Kerstiens-Kempner*, S. 210; *Drems-Wacke*, S. 98; *Müller-Heidelberg*, S. 70; *Senger-Kurzmann*, S. 141; *Rietdorf*, S. 119; *Berner*, S. 19; VV OBG, Nr. 38; *Durchf. Anw. zum PVG RhldPf.*, Nr. 4 zu § 27; prÖVG 78, S. 272; a. A. *Franzen*, S. 259 zu § 21 prPVG.

²⁾ So heute ausdrücklich: §§ 15 Abs. 1b PolGesHess. 27 Abs. 1b PVG RhldPf. Art. 12 Abs. 1 PAG.

³⁾ So z. B. *Franzen*, S. 259; *Drems-Wacke*, S. 97.

⁴⁾ So auch: *Müller-Heidelberg*, S. 70 und HessVerwGH vom 5. März 1954 in DVBl 1954, S. 675.

⁵⁾ So jetzt ausdrücklich: §§ 19 OBG; 15 Abs. 1c PolGesHess; 27 Abs. 1b PVG RhldPf.; Art. 12 Abs. 11 PAG. Unter der Geltung des § 21 prPVG bereits im Anschluß an § 330c StGB im Auslegungswege durch Rechtsprechung und Literatur festgestellt, vgl.: *Franzen*, S. 262; *Drems-Wacke*, S. 97; VVOBG Nr. 40 zu § 19.

Hausbrand der Zaun des Nachbarn der Feuerwehr im Wege, so darf nur eine Durchfahrt geschaffen, nicht aber der ganze Zaun umgerissen werden¹⁾. In der Verfügung ist von vornherein eine bestimmte, möglichst kurze Frist zu setzen, für deren Dauer die Inanspruchnahme erfolgen soll. Innerhalb dieser Frist muß die Behörde²⁾ versuchen, die Gefahr auf andere Weise zu beseitigen. Eine Wiederholung der Verfügung ist aber möglich, falls inzwischen trotz Anstrengung aller zumutbaren Kräfte keine Abhilfe geschaffen werden konnte³⁾.

Steht die Polizei- und Ordnungsbehörde vor der Frage, welchen von mehreren Unbeteiligten sie heranziehen soll, so hat sie nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden. Sie wird sich dabei in der Regel an den sachlich und persönlich Nächsten, bzw. denjenigen halten müssen, der die Gefahr am wirksamsten bekämpfen kann. (Dabei findet auch die finanzielle Leistungsfähigkeit Berücksichtigung.)

Als Ausgleich für die besondere Belastung gegenüber der Allgemeinheit, die im öffentlichen Interesse erfolgt, wird dem in Anspruch genommenen Nichtstörer eine Entschädigung gewährt⁴⁾.

§ 12 *Erweiterung der Befugnisse der Staatsgewalt bezüglich des Kreises der einschränkbaren Grundrechte*

Das Bestehen einer akuten Gefahr hat für die staatliche Gewalt nicht nur eine Erweiterung des bei nur einfacher Gefahr in Anspruch zu nehmenden Personenkreises, sondern auch die Möglichkeit im Gefolge, in Grundrechte einzugreifen, die sie bei der Abwehr einer einfachen Gefahr nicht beschränken darf. Es ist im folgenden zu unterscheiden zwischen den Grundrechten, in die bei einem Störer bereits auf Grund einfacher Gefahr eingegriffen werden darf und denen, deren Beeinträchtigung sowohl beim Störer als auch bei einem Nichtstörer nur zur Abwehr einer akut gesteigerten Gefahr gerechtfertigt ist.

Nicht nur, soweit es sich um ein Vorgehen gegen den Nichtstörer handelt, sondern auch bei Maßnahmen gegen den Störer, die vom Bestehen einer gesteigerten Gefahr abhängig sind, liegt grundsätzlich ein echter Eingriff vor. Dieser Satz ist selbstverständlich, soweit es den Nichtstörer betrifft, der ja an der Entstehung der Gefahr völlig unbeteiligt ist und bedarf daher insoweit keiner näheren Erläuterung. Er ergibt sich für den Störer daraus, daß die Grundrechte, in die nur zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr eingegriffen werden darf, durch *lex specialis* von den allgemeinen Schranken des Art. 2, S. 1 GG befreit und gegenüber dem Regelfall erweitert worden sind. In diesen Grundrechten darf die Zivilperson auch dann, wenn sie die verfassungsmäßige Ordnung, die Rechte anderer oder

¹⁾ Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 211; vgl. auch Drems-Wacke, S. 97.

²⁾ M. E. nur unter Anwendung der auch bisher von ihr geforderten Kräfte.

³⁾ vgl. Drems-Lassar, S. 70; Friedrichs, S. 144; OVG 8, S. 212 ff. PrOVG in PrVB 46, S. 54 ff.; besondere Behandlung hat diese Frage auf dem Gebiet der Obdachlosenpolizei gefunden, vgl. dazu: PrOVG 81, S. 246 ff, 75, S. 339 ff.

⁴⁾ vgl. § 70 prPVG; § 65 PVG RhldPf.; § 40 PolGesHess; Art. 56 PAG; § 40 SOG; § 42 OBG.

das Sittengesetz verletzt, nur beschränkt werden, wenn die Gefahr für diese drei Werte eine *a k u t e* ist.

Das bedeutet, daß bei den Maßnahmen, die nur zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr getroffen werden dürfen, Beeinträchtigungen von Grundrechten grundsätzlich nur dann gestattet sind, wenn das betr. Grundrecht überhaupt einschränkbar ist und wenn das zum Eingriff ermächtigende Gesetz dieses Grundrecht gemäß Art. 19 Abs. I GG nennt.

Die zweite Voraussetzung entfällt, ebenso wie in Kapitel I, auch hier für das fortgeltende prPVG, das Hamb. Gesetz über die Polizeiverwaltung und das PolGesSchlH. als vorkonstitutionelle oder quasi vorkonstitutionelle Gesetze.

Demnach gilt für die einzelnen Grundrechte das nachstehende:

a) *Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. II GG*, kann gegenüber einem Störer bereits zur Abwehr einer einfachen Gefahr eingeschränkt werden. Zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr sind auch gegenüber einem Nichtstörer Eingriffe in dieses Grundrecht nach allen geltenden Polizei- und Ordnungsgesetzen möglich, da die nachkonstitutionellen Gesetze dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. I S. 2 GG genügen¹⁾.

b) *Die Freiheit der Person, Art. 2 Abs. II S. 2 GG*: Soweit nicht eine spezielle gesetzliche Regelung erfolgt ist, dürfen Freiheitsbeschränkungen im engeren Sinne, abgesehen von den ehemals hanseatischen Bezirken Bremens, gegen den Störer bereits zur Abwehr einer einfachen Gefahr vorgenommen werden. Auf Grund gesteigerter Gefahr kann im gleichen Umfange, ohne weitere Voraussetzungen als den in den Notstandsbestimmungen genannten, auch gegenüber dem Nichtstörer in das Grundrecht des Art. 2 Abs. II S. 2 GG eingegriffen werden.

Das gilt jedoch nicht für eine von den Polizei- und Ordnungsbehörden vorzunehmende Freiheitsentziehung, hier sind besondere Vorschriften zu beachten²⁾. Eine Freiheitsentziehung im Gegensatz zur bloßen Freiheitsbeschränkung im engeren Sinne liegt dann vor, wenn eine Zivilperson durch die öffentliche Gewalt ohne oder gegen ihren natürlichen Willen an einem bestimmten Ort festgehalten wird. Der Wille des Festgehaltenen wird bei einem Unmündigen durch den Willen des gesetzlichen Vertreters ersetzt³⁾. Damit ist die Legaldefinition des § 2 Abs. I des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen⁴⁾ mit

¹⁾ Auch hier sind wieder die oben in Kapitel I, § 2b erwähnten Spezialgesetze zu beachten, besonders die Vorschriften über die Anwendung unmittelbaren Zwanges. Da Rechtsgrundlage des Eingreifens die allgemeinen Polizeigesetze bleiben, erscheint mir eine nochmalige Zitierung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit in dem Sondergesetz nicht mehr erforderlich. Z. B. § 4 PolGesHess.; § 1 HessGes. über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei Ausübung öffentlicher Gewalt vom 11. November 1950 (GVBl S. 247).

²⁾ Über der Tatsache, daß sowohl beim Störer, als auch beim Nichtstörer eine Freiheitsentziehung (soweit sie hier überhaupt erlaubt ist) nur auf Grund gesteigerter Gefahr erfolgen kann, darf nicht übersehen werden, daß für beide Haftungsarten trotzdem nicht die gleichen Voraussetzungen gefordert werden. Nur die besonderen Gefahrenbegriffe und sonstigen Tatbestandsmerkmale der Entziehungsgesetze gelten für beide. Bei einem Unbeteiligten sind aber darüber hinaus die engen Notstandsbestimmungen zu beachten.

³⁾ Der Vormund bedarf nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. 2. 1960 in NJW 1960, S. 811, bei einem volljährigen Entmündigten jedoch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für eine Anstaltsunterbringung.

⁴⁾ v. 29. Juni 1956 (BGBl I, S. 599).

Dürig¹⁾ abgelehnt, weil der Ort, an dem eine Person gegen ihren Willen festgehalten wird bedeutungslos ist. Eine Freiheitsentziehung läge sicher auch dann vor, wenn die Polizeibehörde eine Zivilperson durch entsprechende Vorkehrungen am Verlassen ihrer eigenen Wohnung hindern würde, so daß sie gegen ihren Willen sich ständig dort aufhalten müßte. Die Definition des § 2 Abs. I Verfahrensgesetz kann daher nur als beispielhafte Aufzählung angesehen werden.

aa) Die Rechtslage nach den einzelnen Gesetzen.

Von den Gesetzen, die als Rechtsgrundlage für Freiheitsentziehungen in Frage kommen, sind auch hier wieder nur diejenigen zu behandeln, die den besonderen Gefahrenbegriff, der als „akut gesteigerte Gefahr“ bezeichnet wurde, als Tatbestandsmerkmal enthalten²⁾. Aber auch diese Bestimmungen weisen in der Mehrzahl nicht nur andere Voraussetzungen neben dem Gefahrenbegriff auf, sondern lassen Entziehungen auch unter anderen, konkretisierten Bedingungen zu, in denen der Gefahrenbegriff fehlt. Bei Betrachtung der in Frage kommenden Vorschriften läßt sich folgendes feststellen:

1. Die Polizei- und Ordnungsgesetze

Die die Verwahrung regelnden Bestimmungen der ersten Gruppe von Polizei- und Ordnungsgesetzen lassen im Anschluß an § 15 Abs. 1a prPVG die Schutzhaft ohne weitere Voraussetzung, also auch ohne das Vorliegen einer Gefahr, zu. Es sind dies: § 9 Abs. 1a SOG; § 4 Abs. 1a PolGesSchlH; § 1a Bremer Gesetz betr. das Vorführen und einstweilige Festhalten von Personen, vom 17. Juli 1931 (GBl. Brem., S. 189)³⁾. Darüber hinaus können Personen in Verwahrung genommen werden, sofern es zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist⁴⁾.

Die zweite Gruppe von Bestimmungen gestattet eine Schutzhaft nur, wenn dadurch eine gesteigerte Gefahr für die in Verwahrung genommene Personen bekämpft werden soll⁵⁾. Diese Gefahr muß Leib oder Leben der Zivilperson bedrohen. Das bedeutet keine „waagerechte“ Steigerung der Gefahr, da eine „Schutz“-Haft begrifflich nur da möglich ist, wo der Körper der zu verwahrenden Person geschützt werden soll. Die Tatsache, daß eine Person an Leib oder Leben akut gefährdet ist, genügt aber nicht, um sie in Schutzhaft zu nehmen, es sind darüber hinaus

¹⁾ Bei Maunz-Dürig, Art. 104, S. 6.

²⁾ Andere Vorschriften sind z. B. die Zwangsbestimmungen (vgl. § 25 OBG i. V. m. § 16 Verw. Vollstr. Gesetz).

³⁾ Darüber, daß solche Voraussetzungen trotzdem durch Auslegung des Gesetzestextes gefunden werden müssen, ist oben Kapitel II, zu 3b bereits gesprochen worden.

⁴⁾ §§ 15 Abs. 1b prPVG; 9 Abs. 1b SOG; 4 Abs. 1b PolGesSchlH. § 1b Brem. Ges. betr. Vorführen und Festhalten enthält m. E. einen Widerspruch, wenn er eine Verwahrung zuläßt zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Abwehr einer „unmittelbar bevorstehenden Gefahr für die Öffentlichkeit“. Unter einer Gefahr für die Öffentlichkeit kann nur eine solche für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verstanden werden. Das bedeutet also, daß die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, soweit es die Abwehr einer einfachen Gefahr angeht, nicht zu einer Verwahrung berechtigt.

⁵⁾ Art. 17 PAG; § 17a PolGesHess.; § 6 Abs. 1 PVG RhldPf.; § 22 Abs. 1, S. 2 PolGesBadWürt.

subjektive Momente zu beachten. Nach allen vier hier behandelten Gesetzen ist die Schutzhaftnahme dann erlaubt, wenn sich die gefährdete Person in einem Zustand befindet, in dem ihre freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist. Das ausdrückliche Verlangen der Zivilperson nennen zwar nur § 6 Abs. Ia PVG RhldPf und § 22 Abs. 1 2a PolGes BadWü als einen der Fälle, in denen eine Schutzhaft gerechtfertigt ist, gleiches muß aber auch für das PAG und das PolGesHess gelten. Wenn der in Verwahrung zu Nehmende einverstanden ist, liegt gar keine Freiheitsentziehung vor, da diese nur gegen oder ohne den Willen des Betroffenen geschehen kann. § 6 Abs. Ib PVG RhldPf., § 22 Abs. 1 2c PolGesBadWü und Art. 17 PAG lassen eine Schutzhaft außerdem zu, wenn die gefährdete Person im Begriff ist, Selbstmord zu begehen. Gleiches kann für § 17a PolGesHess nicht unterstellt werden. Hier sind also die Schutzhaftmöglichkeiten auf die ersten beiden Fälle beschränkt.

Diese Nebenvoraussetzungen bei der Regelung der Schutzhaft können für § 15 prPVG und die damit übereinstimmenden Gesetze nicht durch Interpretation gefunden werden. Art. 104 Abs. II GG zwingt nur zu einer Beschränkung auf dringende Fälle, nicht auch zu einer Auslegung bezüglich subjektiver Merkmale. Hier sind daher die Gesetze der zweiten Gruppe bereits wesentlich enger als die der ersten.

Im übrigen ist die Generalklausel des § 15 Abs. Ib prPVG nicht übernommen worden. Die sonstigen Fälle der Verwahrung sind von genau aufgeführten Voraussetzungen abhängig gemacht, zu denen nicht der Gefahrenbegriff gehört¹⁾. Das führt zu einer Verengung der Eingriffsmöglichkeiten gegenüber § 15 Abs. Ib prPVG. Beibehalten wurde die Berechtigung der Behörden zur In-Schutzhaftnahme einer Person und die Bedingung, daß in jedem Falle ein Schaden unmittelbar bevorstehen muß. Während aber § 15 Abs. Ib prPVG und die übrigen Bestimmungen der ersten Gruppe jede gesteigerte Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Berechtigung zu einer Freiheitsentziehung gelten lassen, haben die Vorschriften der zweiten Gruppe bestimmte Fälle, in denen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung besteht, herausgegriffen, den Gefahrenbegriff eliminiert und erkennen eine Freiheitsentziehung nur noch zum Zwecke des Eingreifens in diesen genau benannten Gefahrenfällen als zulässig an.

Das soll an einem Beispiel näher erläutert werden. Art. 18 PAG lautet: „Die Polizei kann eine Person ferner (außerhalb der Schutzhaft) in Gewahrsam nehmen, wenn dies erforderlich ist, um

1. die unmittelbar bevorstehende Bedrohung einer als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung oder einer verfassungsfeindlichen Handlung durch diese Person zu verhüten;
2. eine mit Strafe bedrohte oder eine verfassungsfeindliche Handlung dieser Person zu unterbinden“.

¹⁾ Art. 18 PAG; § 17b PolGesHess.; § 6 Abs. II PVG RhldPf.

Hier ist die Abschirmung der persönlichen Freiheit vor der Staatsgewalt am weitesten gehend durchgeführt:

Ein Schaden muß unmittelbar bevorstehen (Ziff. 1) oder eine Störung schon eingetreten sein (Ziff. 2).

Die Freiheitsentziehung darf sich nur gegen einen Störer richten („diese“ Person).

Von allen möglichen Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung berechtigen nur diejenigen zu einer Freiheitsentziehung, die im Zusammenhang mit der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung oder einer verfassungsfeindlichen Handlung entstehen, jedoch nicht, soweit es sich um bloße Übertretungen handelt.

Ebenso eng wie Art. 18 PAG sind § 17b PolGesHess. und § 6 Abs. II PVGRhldPf¹⁾. § 22 Abs. I PolGesBadWürt. verwendet zwar den Gefahrenbegriff nicht mehr, sondern hat ihn durch den der „unmittelbar bevorstehenden erheblichen Verletzung von Recht oder Ordnung“ ersetzt, hält sich aber materiellrechtlich im weiten Rahmen der Generalklausel des § 15 Abs. 1b prPVG. Ja, das Gesetz geht in § 22 Abs. 13 sogar noch über diesen Rahmen hinaus, indem es eine Ingewahrnahme auch für zulässig erklärt, wenn die Identität einer Person auf andere Weise nicht festgestellt werden kann.

§ 19 Abs. IV des Bremer Gesetzes über Verwaltungsverfahren und Verwaltungszwang begründet als einzige Bestimmung dieser Art eine allgemeine Berechtigung zur Verwahrung von Personen durch die Verwaltungsbehörden neben der durch § 1 Bremer Gesetz betr. Vorführen und einstweiliges Festhalten für die Polizeibehörden geschaffenen. Zwar wird²⁾ im Bremer Gesetz über das Verwaltungsverfahren die Existenz einer Generalklausel bereits vorausgesetzt, das bedeutet aber nicht, daß die Bestimmung des § 19 Abs. IV keine selbständige Rechtsgrundlage ohne Rücksicht auf eine hinzukommende Generalklausel böte. Die Voraussetzungen für eine Inverwahrung sind hier durchaus abschließend geregelt³⁾.

Nach diesem Gesetz ist eine Freiheitsentziehung immer möglich zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Das bedeutet eine Einschränkung auf der einen und eine Erweiterung der Befugnisse der öffentlichen Gewalt auf der anderen Seite. Enger als in allen sonstigen Bestimmungen ist eine Schutzhaft nicht gestattet und enger als in den Bestimmungen der ersten Gruppe berechtigt eine Gefahr für die öffentliche Ordnung nicht zu einer Verwahrung. Dagegen liegt eine Erweiterung gegenüber den Befugnissen aus den §§ 17b PolGesHess; 6 Abs. II PVGRhldPf. und Art. 18 PAG vor, da eben nicht nur bestimmte Gefahren für die öffentliche Sicherheit (Straftaten), sondern alle Gefahren, sofern sie nur besonders dringend sind, zu einer Freiheitsentziehung

¹⁾ Hier darf jedoch auch zur Verhütung einer Übertretung eingegriffen werden.

²⁾ wie Kaufmann S. 226 ausführt.

³⁾ Diese Feststellung ist wesentlich, da ja eine gewohnheitsrechtliche Ermächtigung, wie sie in den ehemals hanseatischen Gebietsteilen Bremens gilt, nicht mehr als den Anforderungen des Art. 104 Abs. I GG genügend angesehen werden kann. Beide Verwahrungsbestimmungen gelten aber für das gesamte Territorium der Freien Hansestadt Bremen.

ermächtigen und da auch ein Nichtstörer festgehalten werden kann¹⁾). Bis auf § 19 Abs. IV Bremer Gesetz über Verwaltungsverfahren und Verwaltungszwang enthalten alle hier behandelten Polizei- und Ordnungsgesetze die Subsidiaritätsklausel, soweit sie nicht die Schutzhaft regeln, d. h. eine Freiheitsentziehung darf als Mittel der Gefahrenabwehr nur dann angewandt werden, wenn die Anwendung anderer Mittel keine Abhilfe verspricht.

Das ist ausdrücklich gesagt in §§ 15 Abs. Ib prPVG, 9 Abs. Ib SOG, 4 Abs. Ib PolGesSchlH, 1b Brem.Ges. betr. Vorführen und Festhalten und 22 Abs. I S. 1 PolGesBadWü. Es ergibt sich bei den übrigen Gesetzen daraus, daß die Freiheitsentziehung „erforderlich“ (so § 6 Abs. II PVG RhldPf und Art. 18 PAG) oder „unerläßlich“ (so § 17b PolGesHess) sein muß.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die akut gesteigerte Gefahr in zweierlei Weise Voraussetzung für eine Freiheitsentziehung sein kann.

- a) Bei gesteigerter Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darf unter Beachtung der sonstigen Voraussetzungen eine Inverwahrnehmung von Störer und Nichtstörer erfolgen gemäß:

§ 15 Abs. Ib prPVG²⁾, § 9 Abs. Ib SOG, § 4 Abs. 1b PolGesSchlH, § 1b Brem.Ges. betr. Vorführen und Festhalten.

- b) Bei gesteigerter Gefahr für die öffentliche Sicherheit darf eine Person in Verwahrung genommen werden nach § 19 Abs. IV Brem.Ges. über Verwaltungsverfahren und Verwaltungszwang. Das gilt für Störer und Nichtstörer.

- c) Nur bei gesteigerter Gefahr für den in Verwahrung Genommenen darf eine Freiheitsentziehung vorgenommen werden nach:

Art. 17 PAG, § 17a PolGesHess, § 6 Abs. I PVG RhldPf und § 22 Abs. I S. 2 PolGes BadWü.

Im übrigen hat hier der Gefahrenbegriff keine Bedeutung. Die ersten drei Gesetze gestatten außer der zur Abwendung einer Gefahr erfolgenden Freiheitsentziehung nur eine solche gegenüber dem Störer.

2. Die Unterbringungsgesetze

Fast alle Länder haben nach Inkrafttreten des GG den Teil der Freiheitsentziehung, der in der Anstaltsunterbringung geistig erkrankter und süchtiger Personen besteht, gesondert geregelt. In allen diesen Ländern stellen die Unterbringungsgesetze *leges speciales* dar, die die Verwahrung Geisteskranker aus der allgemeinen polizei- und ordnungsrechtlichen

¹⁾ In Hamburg ist § 22 des Gesetzes das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege betreffend vom 23. April 1879 (Hmb Gs I S. 110) i. d. F. vom 8. Oktober 1923 (Hmb. GVBl. 1233) und vom 20. Dezember 1954 (Hmb. GVBl. S. 155) zu beachten. Hier ist eine Verwahrung gestattet zum Schutz des Festgehaltenen oder zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ruhe, da die „Gefahren für andere Personen“ nach heutiger Auffassung den Gefahren für die öffentliche Sicherheit unterfallen. Auch hier gilt also (ebenso wie in Bremen) der § 15 prPVG nicht.

²⁾ Wobei zu beachten ist, daß hier das prPVG abweichend von der Rechtslage bei der einfachen Gefahr nur Bedeutung hat in NRW (für die Polizeibehörden) und in Berlin.

Regelung herausnehmen¹⁾. Die unter 1. behandelten Gesetze haben also für diesen Teil der Freiheitsentziehung keine Bedeutung²⁾.

Von den Unterbringungsgesetzen machen nur das nrw. Gesetz über die Unterbringung geisteskranker, geistesschwacher und suchtkrankter Personen, vom 16. Oktober 1956 (GVBl S. 300) in § 2 und das hess. Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen, vom 19. Mai 1952 (GVBl S. 111) in § 1 die Unterbringung der Erkrankten von Voraussetzungen abhängig, die den besonderen, akut gesteigerten Gefahrenbegriff enthalten. Die übrigen Vorschriften verlangen zwar auch, daß die in Verwahrung Genommenen „gefährlich“ sein müssen, gebrauchen aber nicht das Wort „Gefahr“ und sind für eine Untersuchung der besonderen Gefahrenbegriffe daher nicht von Bedeutung³⁾.

Sowohl das UG als auch das Entz.Ges. genügen dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. I GG (§ 25 UG, § 33 Entz.Ges.). Die Zuständigkeit zur Anordnung einer Anstaltsunterbringung Geisteskranker liegt jetzt grundsätzlich beim Amtsgericht⁴⁾. Die Mitwirkung der Ordnungsbehörden beschränkt sich auf folgende Funktionen:

- a) Sie stellen den Antrag auf Unterbringung, § 2 Entz.Ges., § 3 UG.
- b) Sie führen die vom Gericht angeordnete Unterbringung durch, § 16 Entz.Ges., § 11 Abs. II UG⁵⁾.
- c) Sie können in dringenden Fällen selbst eine Unterbringung anordnen, wenn der Richter — der aber auch eine einstweilige Unterbringung verfügen kann, § 9 Entz.Ges., § 15 Abs. I UG — nicht schnell genug würde vorgehen können, um die bestehende Gefahr zu bekämpfen.

Eine Mitwirkung der Polizei ist nirgends vorgesehen. Im Rahmen ihrer sonstigen Befugnisse, in der Regel also in unaufschiebbaren Fällen, können sie aber auch einen Geisteskranken in Verwahrung nehmen⁶⁾. Rechtsgrundlagen sind für sie aber die Polizeigesetze.

Beide hier behandelten Unterbringungsgesetze stellen für eine Anstaltsunterbringung die gleichen Voraussetzungen auf. Neben der gesteigerten

¹⁾ Daneben ist § 42b StGB zu beachten, der die Unterbringung von der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung abhängig macht.

²⁾ vgl. VV zur Durchführung des NRW-UG, Rd.Erl. des Mdl, v. 2. Dez. 1956 (MBI, S. 2359).

³⁾ Es sei aber darauf hingewiesen, daß die folgenden Erörterungen im wesentlichen auch für die nicht behandelten Bestimmungen gelten; vgl. SchlH Ges. über die Unterbringung von psychisch Kranken und Süchtigen, vom 26. August 1958 (GVBl, S. 271); Bay Ges. über die Verwahrung geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen, vom 30. April 1952 (GVBl, S. 165); BadWü Ges. über die Unterbringung Geisteskranker und Suchtkrankter, vom 16. Mai 1955 (GBI, S. 87); Bln. Ges. über die Unterbringung von Geisteskranken und Süchtigen, vom 5. Juni 1958 (GVBl, S. 521); vgl. insbesondere § 10 SOG, der die „Unterbringung von Geisteskranken, Rauschgift- oder Alkoholsüchtigen in einer Heil- oder Entziehungsanstalt“ unter den Voraussetzungen des § 9 SOG gestattet, aber hierfür die ausschließliche Zuständigkeit des Richters begründet. (VO über das gerichtliche Verfahren nach dem SOG, vom 13. Februar 1952, GVBl, S. 14). Eine ausdrückliche Ermächtigung an die Verwaltungsbehörden, in Einzelfällen selbst die Unterbringung vorzunehmen fehlt. Es muß daher das gleiche gelten, wie in NRW für die Polizeibehörden.

⁴⁾ vgl. VV UG, Nr. 11 zu § 3; Rietdorf, S. 399.

⁵⁾ VV UG, Nr. 20 zu § 11 Abs. II.

⁶⁾ vgl. VV UG, Nr. 16 zu § 3.

Gefahr, die auch dem Geisteskranken selbst drohen kann¹⁾ wird gefordert, daß diese Gefahr aus dem Verhalten des Unterzubringenden entsteht und daß ihre Abwendung auf andere Weise nicht möglich ist. Das bedeutet, daß die Voraussetzungen der Unterbringung Geisteskranker im wesentlichen den Voraussetzungen der Verwahrungsgesetze entsprechen; abweichend von diesen erfolgt der Eingriff jedoch durch die Gerichte.

In den Unterbringungsgesetzen wird begriffsnotwendig immer nur ein Vorgehen gegen den Störer gestattet.

bb) Das Verhältnis der Freiheitsentziehungsgesetze zu Art. 104 GG.

Art. 104 GG ist aktuell geltendes Recht und daher Maßstab für alle Gesetze, auf die er zutrifft²⁾. Die Grundlage für einen Eingriff in die Freiheit der Person kann nur ein förmliches Gesetz sein (Art. 104 Abs. I GG). Zu den danach als Ermächtigungsgesetze anzuerkennenden Vorschriften gehören auch die polizeilichen Generalklauseln, worauf bereits hingewiesen wurde; in ganz einwandfreier Weise vor allem aber die Unterbringungsgesetze, die ja Form und Verfahren der Freiheitsentziehung in möglichst lückenloser Weise zu regeln suchen.

Der Art. 104 GG begründet zwar die alleinige Kompetenz des Richters, über die Zulässigkeit einer Freiheitsentziehung endgültig zu entscheiden, läßt aber in Absatz 2 auch erkennen, daß durch diese Regelung die Berechtigung der Polizei zur Inverwahrnehmung nicht ausgeschlossen sein soll³⁾. Dabei kann unter „Polizei“ hier richtigerweise nur „Behörden der Gefahrenabwehr“ verstanden werden. Das bedeutet, daß auch die Ordnungsbehörden unter den Polizeibegriff des Art. 104 Abs. II GG fallen und zu vorläufigen Freiheitsentziehungen berechtigt sind⁴⁾.

Damit ist festgestellt, daß sowohl die Polizei- und Ordnungsgesetze, als auch die Unterbringungsgesetze als ausreichende Rechtsgrundlagen für Entziehungen der persönlichen Freiheit anzusehen sind und daß sie ohne Verstoß gegen Art. 104 Abs. II die Berechtigung der Polizei- und Ordnungsbehörden zu solchen Eingriffen in das Grundrecht des Art. 2 Abs. II, S. 2 GG begründen. Darüber hinaus stellt Art. 104 Abs. II ganz konkrete Bedingungen auf, die jedes, eine Freiheitsentziehung gestattende Gesetz beachten muß. Diese Bedingungen sind nicht materieller, sondern formeller Art, die Zuständigkeit der Behörden der Gefahrenabwehr zur Vornahme von Freiheitsentziehungen noch mehr als Ausnahmezuständigkeit charak-

¹⁾ So ausdrücklich § 1 Abs. II Entz. Ges., der lediglich eine Wiederholung des § 1 Abs. I für den Fall der Selbstgefährdung darstellt und § 2 UG, wo sich die Selbstgefährdung als tatbestandserfüllend allerdings bereits aus dem geschützten Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ergeben würde.

²⁾ vgl. Wolff, Das Verfahren, S. 314; Pentz, A., „Zweifelsfragen bei der zwangsweisen Unterbringung“, in NJW 1953, S. 133; Maunz-Dürig, Art. 104, S. 27, Anm. 2; auf den Meinungsstreit darüber, ob Art. 104 GG ein Grundrecht enthalte, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

³⁾ Maunz-Dürig, Art. 104, S. 21; § 13 Ges. über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen; Kern, „Freiheitsentziehung durch Verwaltungsbehörden?“ in DÖV 1954,

⁴⁾ So Kern, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 73; Rietdorf, S. 371; von dieser Voraussetzung gehen auch alle Unterbringungsgesetze aus, die eine vorläufige Freiheitsentziehung durch die Ordnungsbehörden zulassen. Vgl. dazu Rietdorf, S. 402; a. A. Holtkotten, im Bonner Kommentar, Art. 104, S. 19, der nur die Behörden der Exekutivpolizei unter Art. 104 Abs. II fallen läßt.

terisierend, als es bereits in Art. 104 Abs. II S. 1 GG geschehen ist und die alleinige Endzuständigkeit des Richters bekräftigend. Jedes förmliche Gesetz im Sinne des Art. 104 Abs. I GG muß danach folgende Grundsätze beachten:

1. Über jede Freiheitsentziehung hat der Richter zu entscheiden. Daher muß immer nach einer Verwahrungnahme durch die Behörden eine Anrufung des Richters erfolgen, der über die Zulässigkeit der Entziehung im Zeitpunkt der Entscheidung und darüber, ob sie fort dauern darf, zu befinden hat¹⁾. Das gilt auch dann, wenn es sich um eine Freiheitsentziehung für kürzeste Zeit handelt²⁾. Die Anrufung des Richters hat „unverzüglich“ zu erfolgen. Es besteht kein Grund dafür, dieses „unverzüglich“ nicht im Sinne der Legaldefinition des § 121 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen, da damit richtigerweise alle Fälle noch als unverzüglich anzusehen sind, in denen eine nicht sofort erfolgte Anrufung des Richters von der Behörde nicht zu vermeiden war³⁾.
2. In jedem Falle darf durch die Polizei- und Ordnungsbehörden niemand länger in Gewahrsam gehalten werden, als bis zum Ende des Tages, der dem Tag der Inverwahrungnahme folgt. Der Freilassungsverpflichtung kann sich die Behörde m. E. auch nicht dadurch entziehen, daß sie die festgehaltene Zivilperson in eine geschlossene Anstalt einweist und jetzt ausführt, sie habe diese Person ja nicht mehr im „eigenen Gewahrsam“. ⁴⁾
3. Aus den durch die Bedingungen zu 1. und 2. herbeigeführten Einengungen ist der Schluß zu ziehen, daß eine andere als eine richterliche Freiheitsentziehung überhaupt nur vorgenommen werden darf, wenn ein dringendes Bedürfnis dazu besteht⁵⁾.

Diesen Bedingungen genügen einige der vorstehend behandelten Gesetze nur zum Teil. Das dritte Erfordernis erfüllen alle Gesetze durch Verwendung des gesteigerten Gefahrenbegriffs und der Subsidiaritätsklausel. §§ 18 f. PolGesHess und § 3 Abs. II UG tragen auch den beiden übrigen Anforderungen Rechnung, indem sie unverzügliche Anrufung des Richters verlangen und die in jedem Falle vorzunehmende Freilassung am Ende des Tages verfügen, der dem Beginn der Verwahrung folgt. § 15 Abs. III PVG Bln. genügt dem Art. 104 Abs. II durch Verweisung auf das Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen, dessen § 15 Abs. I sowohl richterliche Entscheidung, als auch Freilassung nach einem Tage fordert. § 9 Abs. II SOG, Art. 20 PAG, § 7 PVG RhldPf, § 15 Abs. II PVG

¹⁾ vgl. Kaufmann, S. 264; Maunz-Dürig, Art. 104, S. 16.

²⁾ Hier ist allerdings scharf auf den Unterschied zur Freiheitsbeschränkung im engeren Sinne zu achten! Wenn die Polizei bei einem Auflauf Menschen durch körperliches Festhalten daran hindert, handgreiflich zu werden, liegt keine Freiheitsentziehung vor, sondern die Hinderung, einen bestimmten Ort, an dem die Tötlichkeit begangen werden soll, aufzusuchen.

³⁾ So auch Kern, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 72; a. A. Maunz-Dürig, Art. 104, S. 24 gegen die Zitate in Anm. 1 aaO.

⁴⁾ So auch Maunz-Dürig, Art. 104, S. 26 und Holtkotten, im Bonner Kommentar, Art. 104, S. 20; a. A. Württ.-Bad. VGH vom 7. März 1952 in VerwRspr. 5, 331.

⁵⁾ So Maunz-Dürig, Art. 104, S. 22 oben.

NRW und § 22 Abs. III PolGes BadWü halten zwar die Höchstfrist des Art. 104 Abs. II GG ein, sagen aber nichts darüber, ob eine unverzügliche Entscheidung des Richters herbeizuführen sei. § 4 Abs. II PolGes SchlW¹⁾ und § 2 Bremer Ges. über Vorführen und Festhalten²⁾ schränken sogar den Grundsatz der Freilassung am Ende des zweiten Tages ein.

§ 10 Entz.Ges. schließlich ist unklar, wenn er lediglich eine richterliche Entscheidung bis zum Ende des folgenden Tages verlangt.

Da Art. 104 GG geltendes Verfassungsrecht ist, dient er der unmittelbaren Auslegung aller Gesetze im Sinne des Art. 104 Abs. I. Soweit diese Gesetze also nichts über das von den Polizei- und Ordnungsbehörden nach der erfolgten Freiheitsentziehung zu beobachtende Verfahren sagen, sind die Pflichten der Behörden direkt aus Art. 104 GG zu entnehmen. Soweit sie dem Art. 104 widersprechen, sind sie nichtig. Daher ist also z. B. in § 9 Abs. II SOG die Verpflichtung der Polizei, einen Richter unverzüglich anzurufen, unmittelbar aus Art. 104 Abs. II zu entnehmen, da das Gesetz selbst schweigt. Aus dem gleichen Grunde kann der § 4 Abs. II PolGes SchlH soweit er bei gemeingefährlichen Geisteskranken eine Verwahrung auch über den dem Tag der Ergreifung folgenden Tag hinaus gestattet, keine Gültigkeit mehr haben.

Es gelten daher in allen Ländern der Bundesrepublik einheitlich die einschränkenden Bedingungen des Art. 104 Abs. II GG.

c) *Die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit, Art. 4 GG*

Da in Art. 4 der spezielle Gesetzesvorbehalt fehlt, jede Gefahrenabwehr, die über den Rahmen einer Zurückweisung in die Schranken des Art. 2 Abs. I GG hinausgeht, aber einen echten Eingriff darstellt, ist eine Beschränkung der Religionsfreiheit gegenüber dem Nichtstörer stets untersagt. Keines der den gesteigerten Gefahrenbegriff enthaltenden Gesetze hat daher den Art. 4 als eingeschränkt zitiert.

d) *Das Recht auf freie Meinungsäußerung, Art. 5 GG*

Der Art. 5 enthält keinen speziellen Gesetzesvorbehalt, die freie Meinungsäußerung findet vielmehr ihre „Schranken“ in den allgemeinen Gesetzen. Im Gegensatz zu Art. 14 GG wird nicht der „Inhalt“ des Grundrechts durch die Gesetze bestimmt; eine Schranke kann aber begrifflich nur einem eigenen Tun gezogen werden. Sie sagt, wie weit ein Recht ausgeübt werden darf. Daher bestimmen also z. B. die Polizeigesetze, daß die freie Meinungsäußerung nur so weit gehen darf, wie aus dem Gebrauch nicht eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entsteht. Eine Maßnahme gegen den Störer stellt daher auch keinen Eingriff in das Grundrecht des Art. 5 dar, sondern realisiert nur die durch die Polizei- und Ordnungsgesetze gezogenen Schranken. Anders aber bei einem Nichtstörer! Da er nicht selbst gefährdet, können ihm auch keine Schranken gezogen

¹⁾ Bei gemeingefährlichen Geisteskranken im Anschluß an die ursprüngliche Fassung des § 15 prPVG.

²⁾ Bei Erforderlichkeit von Maßnahmen zur Feststellung der Person, zu fernerem Schutz oder zur Überweisung an die zuständige Behörde.

werden, ein Vorgehen gegen ihn wäre also ein echter Eingriff, der nicht zulässig ist, da ein Gesetzesvorbehalt fehlt. Ja, hier müßte eine Beschränkung schon als Verstoß gegen Art. 19 Abs. II GG angesehen werden, da es zum Wesensgehalt des Rechts auf freie Meinungsäußerung gehört, daß es so weit geht, wie nicht durch seinen Gebrauch für schutzwürdig erachtete Rechtsgüter gefährdet werden.¹⁾

Es ist demnach festzuhalten, daß auch zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr ein Vorgehen gegen einen Unbeteiligten, das eine Beschränkung seines Rechts auf freie Meinungsäußerung zur Folge hätte, nicht gestattet ist.²⁾

e) *Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre, Art. 5 Abs. III GG*

Es gilt das gleiche wie bei Art. 4, da auch hier ein spezieller Gesetzesvorbehalt fehlt. Echte Eingriffe sind daher auch zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr nicht gestattet.

f) *Die Versammlungsfreiheit, Art. 8 GG*

Wie bereits ausgeführt, enthält das BVersG eine Sonderregelung aller Eingriffe in das Grundrecht des Art. 8 GG, so daß für eine Anwendung der allgemeinen Polizei- und Ordnungsgesetze kein Raum bleibt. Soweit aber nach dem BVersG der Gefahrenbegriff als Voraussetzung eines Eingreifens überhaupt in Frage kommt, genügt eine akut gesteigerte Gefahr nicht; zu der akuten muß vielmehr eine quantitative Steigerung der Bedrohung treten³⁾.

g) *Das Brief- und Postgeheimnis, Art. 10 GG*

Art. 10 enthält einen Gesetzesvorbehalt, das Grundrecht ist also einschränkbar. Eingriffe gegenüber dem Störer sind in dem in Kapitel I. bezeichneten Umfang bereits zur Abwehr einer einfachen Gefahr möglich. Eingriffe in das Grundrecht eines Nichtstörers wären nur gerechtfertigt zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr auf Grund solcher Gesetze, die das Brief- und Postgeheimnis gemäß Art. 19 Abs. I als eingeschränkt nennen würden, sofern es sich nicht um vorkonstitutionelle Gesetze handelt.

Ein Unbeteiligter darf demnach in dem Grundrecht des Art. 10 bei Vorliegen der bereits genannten übrigen Voraussetzungen eingeschränkt werden nach folgenden Gesetzen:

aa) § 14 in Verbindung mit § 21 prPVG in den Ländern, in denen dieses Gesetz noch in Kraft ist.

bb) Gleiches gilt für § 1 Hmb.Ges. über die Polizeiverwaltung i. V. m. § 21 prPVG, sowie § 1 PolGesSchlH i. V. m. § 21 prPVG.

Es ist jedoch besonders zu beachten, daß der Wesensgehalt des Grundrechts in keinem Falle angetastet werden darf. Ob ein Vorgehen gegen

¹⁾ Reiff, S. 47: "... nur, wenn ein Mißbrauch des Grundrechts vorliegt"; v. Mangoldt-Klein, S. 250; Ridder, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 281; BGH in DVBl 1954, S. 673.

²⁾ Daher geht auch die Zitierung des Art. 5 GG in Art. 71 PAG ins Leere. Bei Maßnahmen gegen den Störer liegt ein echter Eingriff gar nicht vor und Eingriffe gegenüber dem Nichtstörer sind nicht möglich.

³⁾ vgl. dazu das folgende Kapitel III.

einen Nichtstörer diesen Wesensgehalt des Brief- und Postgeheimnisses unberührt läßt, ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Immerhin werden die Fälle, in denen ein solches Vorgehen erforderlich ist auch außerordentlich selten bleiben.

Anders ist es bei den nach-konstitutionellen Gesetzen. Die Polizei- und Ordnungsgesetze scheiden schon für Eingriffe gegen den Störer aus, die über den Rahmen der durch Art. 2 Abs. I GG begründeten Möglichkeiten hinausgehen, da sie dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. I nicht genügen. Ein Eingriff in das Brief- und Postgeheimnis des Störers ist jedoch bei gesteigerter Gefahr möglich auf Grund des Entz.-Ges., das den Art. 10 in § 33 als eingeschränkt nennt.

Es ist also festzustellen, daß ein Vorgehen gegen einen Unbeteiligten in allen Ländern, die nach 1949 neue Gesetze erlassen haben, nicht mehr möglich ist, wenn dieses Vorgehen eine Beschränkung des Brief- und Postgeheimnisses zur Folge hat, und daß gegenüber einem Störer nur auf Grund des § 1 Entz.Ges. eine Einschränkung erfolgen darf.

h) *Das Recht auf Freizügigkeit, Art. 11 GG*

Eingriffe sind möglich auf Grund von Gesetzen, die dem Erfordernis des Art. 19 Abs. I GG Rechnung tragen¹⁾. Vom Zitiergebot ausgenommen sind wieder die vorkonstitutionellen Gesetze, also die unter g), aa) und bb) genannten, die demnach auch hier Maßnahmen gegen den Nichtstörer gestatten.

Von den neuen Ländergesetzen ist dem Zitiergebot nur das SOG nachgekommen (§ 1 Abs. II). Auf Grund dieses Gesetzes darf also ein Unbeteiligter in seiner Freizügigkeit eingeschränkt werden. Beachtet werden muß dabei jedoch, daß nicht eine gesteigerte Gefahr für irgendeinen Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung genügt, sondern daß nur die in Art. 11 Abs. II aufgezählten Rechtsgüter geschützt sind. Insofern sind daher alle Generalklauseln eingeschränkt.

Überdies werden Eingriffe in die Freizügigkeit auf Grund der Polizeigesetze schon deswegen kaum vorkommen, weil die Polizei- und Ordnungsbehörden ja immer nur zur Abwehr von Gefahren im Einzelfall tätig werden.

i) *Die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG*

Art. 13 Abs. III ist die einzige Grundrechtsbestimmung, die auch die materiellrechtlichen Grenzen für Eingriffe abschließend zieht²⁾.

¹⁾ Dazu, daß an Stelle „durch Gesetz“ in Art. 11 Abs. II GG „auf Grund eines Gesetzes“ zu lesen ist, vgl. noch *Dürig*, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 526.

²⁾ Art. 13 Abs. III hat für präventivpolizeiliche Betrachtungen keine Bedeutung. Ferner ist darüber, ob die weitergehenden bisherigen Eingriffsmöglichkeiten im Rahmen von Justiz und Verwaltung, z. B. Pfändung durch den Gerichtsvollzieher oder Inventarerrichtung durch den Konkursverwalter, auch heute noch anerkannt werden müssen, hier nicht zu handeln. Vgl. dazu v. *Mangoldt-Klein*, S. 406 mit Zitaten; *Kaufmann*, S. 360; *Kern*, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 105 ff. Die fraglichen Gesetze sind auf jeden Fall solche, die den Gefahrenbegriff nicht enthalten, z. B. § 17 Biersteuer Ges. vom 14. März 1952 (BGBl I, S. 149); § 10 Mineralölsteuer Ges., Bekanntm. vom 21. Mai 1955 (BGBl I, S. 234); § 2 Wein Ges. i. d. F. vom 15. Juli 1951 (BGBl I, S. 450); § 195b GewO

Es ist zu unterscheiden zwischen den Eingriffen, die sich auf den Art. 13 Abs. III GG direkt stützen und denen, die auf Grund eines besonderen Gesetzes ergeben. Nur für Eingriffe der zweiten Art genügt die akut gesteigerte Gefahr als Voraussetzung. Solche Gesetze können nicht nur spezielle, unter ganz bestimmten Voraussetzungen zum Eindringen in eine Wohnung ermächtigende sein, sondern auch die polizei- und ordnungsbehördlichen Generalklauseln, sofern sie nur den Bedingungen für eine Grundrechtseinschränkung genügen ¹⁾).

Art. 13 Abs. III GG zieht eine Minimalgrenze, die feststellt, welche Voraussetzungen mindestens vorliegen müssen, damit ein staatlicher Eingriff erfolgen darf. Das bedeutet, daß jedes Gesetz gegen Art. 13 Abs. III verstoßen würde, das einen Eingriff z. B. zur Abwehr einer einfachen Gefahr zulassen würde ²⁾). Dagegen muß ein Gesetz als gültig und zulässig angesehen werden, das die Befugnisse des Staates noch weiter einschränkt, als es in Art. 13 Abs. III bereits geschehen ist und somit die Rechtsstellung der Zivilperson verbessert. Gesetze der zweiten Art sind durchweg die Polizei- und Ordnungsgesetze.

aa) §§ 3 SOG, 19 PVG RhldPf und 25 Abs. I PolGesBadWü folgen der durch Art. 13 Abs. III geschaffenen Möglichkeit für die Dauer der Tageszeit, indem sie Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung zur Abwehr einer dringenden Gefahr gestatten. Für die Nachtzeit ³⁾ reicht die akut gesteigerte Gefahr als Eingriffsvoraussetzung dagegen nicht aus.

bb) Die gleiche Beschränkung für die Nachtzeit treffen auch §§ 16 prPVG und 5 PolGes SchlH ⁴⁾). Hier läßt jedoch das Gesetz Eingriffe am Tage auch unter den normalen Voraussetzungen, d. h. zur Abwehr einer einfachen Gefahr, zu. Da diese Regelung einen Verstoß gegen Art. 13 Abs. III darstellt, ist sie insofern zu ergänzen durch die Grundrechtsbestimmung selbst, d. h. Eingriffe sind am Tage zur Abwehr einer akut gesteigerten Gefahr (diese Mindestgrenze muß jedes Gesetz einhalten), bei Nacht nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für Einzelne zulässig ⁵⁾). Daher gilt also nach dem prPVG und dem PolGes SchlH das gleiche, wie nach den Gesetzen zu aa) ⁶⁾).

cc) § 31 Abs. I PolGesHess läßt Eingriffe in die Unverletzlichkeit der Wohnung sowohl bei Tag als auch bei Nacht zur Abwehr beider Arten

¹⁾ a. A. *Scupin*, im Handbuch, S. 638, der aus diesem Grunde Eingriffe auf Grund der Generalklausel nur für rechtmäßig hält, wenn sie zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr ergeben.

²⁾ Daher sind sowohl für den Störer als auch für den Nichtstörer die gleichen Gefahrenstufen maßgebend.

³⁾ Vgl. zu diesem Begriff z. B. § 3 Abs. IV SOG.

⁴⁾ Art. 37 PAG läßt Eingriffe nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder Lebensgefahr für Einzelne zu, soweit nicht spezifizierte, in Art. 34 PAG aufgeführte, Voraussetzungen vorliegen. Die Rechtsgültigkeit des Art. 34 PAG erscheint mir allerdings zweifelhaft, da die hier benannten Fälle nicht unbedingt solche dringender Gefahr sind.

⁵⁾ Darin liegt nur eine Einschränkung der aus der Verfassung entspringenden Befugnisse des Staates, die zulässig ist.

⁶⁾ Obwohl das OBG eine dem § 16 prPVG entsprechende Bestimmung nicht enthält, kann m. E. ein Eingriff auf Grund des § 14 OBG erfolgen, weil § 48 OBG das Grundrecht des Art. 13 als eingeschränkt nennt. Für solche Eingriffe ist aus Art. 13 Abs. III zu entnehmen, daß ohne Unterschied von Tages- oder Nachtzeit immer eine akut gesteigerte Gefahr vorliegen muß.

gesteigerter Gefahr zu, ist also insofern weiter als die bisher genannten Gesetze, als auch zur Nachtzeit in Wohnungen eingedrungen werden darf, wenn eine akut gesteigerte Gefahr besteht¹⁾.

dd) Das BLEistG schränkt das Grundrecht des Art. 13 GG ein (§ 94 BLEistG). Als Eingriffsvoraussetzung wird nirgends die in Art. 13 Abs. III genannte gemeine Gefahr oder Lebensgefahr für Einzelne wiederholt; vielmehr zählt § 1 BLEistG die Gründe, die zur Anforderung von Leistungen und damit auch zu einem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung berechtigen, abschließend auf. Diese Gründe können als übereinstimmend mit der durch Art. 13 Abs. III getroffenen Regelung und damit als rechtsgültig nur soweit angesehen werden, als sie dem Begriff der „dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ unterfallen, denn nur zur Bekämpfung einer solchen Gefahr dürfen „Eingriffe und Beschränkungen“ auf Grund eines Gesetzes erfolgen. Die Frage, ob die in § 1 BLEistG enthaltenen Anforderungsvoraussetzungen Tatbestände darstellen, die als dringende Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung anzusehen sind, läßt sich ohne weiteres bejahen für die Bestimmung des § 1 Ziff. 1 BLEistG, die für die vorliegende Bearbeitung allein von Interesse ist. Daß es sich bei dem besonderen Gefahrenbegriff dieser Vorschrift um die akut gesteigerte Gefahr handelt, wurde bereits dargelegt. Unzweifelhaft liegt aber auch ein Schutz des Bestandes oder der freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Bundes oder eines Landes im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, denn da, wo der Staat selber oder die Grundordnung, auf der er basiert, nicht mehr vorhanden sind, kann dieser Staat auch die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht mehr gewährleisten²⁾.

Auf Grund des BLEistG kann daher zur Abwehr einer akut gesteigerten Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes³⁾ ein Eingriff in das Grundrecht des Art. 13 ohne Rücksicht auf Tages- oder Nachtzeit vorgenommen werden. Das Vorgehen geht nach der Zielrichtung des Gesetzes immer gegen einen Unbelebten⁴⁾.

¹⁾ „Eindringen“ bedeutet „Betreten ohne Wissen oder gegen den Willen des Berechtigten“, vgl. dazu Müller-Heidelberg, S. 54; Reiff, S. 104; v. Mangoldt-Klein, S. 404 f; Kern, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 103; Franzen, S. 219 zu § 16 prPVG.

²⁾ Zweifel bestehen allerdings zumindest daran, ob das in § 1 Ziff. 4 BLEistG geschützte Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unterfällt. Auf jeden Fall muß es sich, um ein Eingreifen in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung zu rechtfertigen, immer um eine dringende Situation, d. h. eine solche handeln, die unmittelbar vor der Verwirklichung eines Schadens steht.

³⁾ Sowie aus den weiteren benannten Gründen des § 1, soweit sie zur öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gehören.

⁴⁾ Zu beachten sind die durch das Gesetz selbst vorgenommenen Beschränkungen: a) Das BLEistG gilt nur subsidiär, ihm geht z. B. das Schutzbereichsgesetz vom 7. Dezember 1956 (BGBl. I, S. 899) vor; b) § 3 Abs. III und Abs. VI entsprechen dem polizeirechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; c) Alle im Gesetz vorgesehenen Anforderungen dürfen zur Abwehr der Gefahr des § 1 Ziff. 1 erfolgen. Für die übrigen Anforderungsgründe gilt nicht das gleiche. Die in § 2 Abs. 1 Ziff. 3 und § 13 vorgesehenen Anforderungen können zwingend, die in § 4 Abs. III vorgesehenen sollen nur aus den Gründen des § 1 Ziff. 1 erfolgen.

ee) §§ 31 Abs. II a PolGesHess, 3 Abs. III SOG und 25 Abs. IV Pol-Ges BadWü nehmen gewerbliche Räume von dem besonderen Schutz aus, gestatten hier also Einschränkungen bereits auf Grund einer einfachen Gefahr. Es ist zu fragen, ob diese Regelung heute noch Gültigkeit beanspruchen kann. Die Beantwortung dieser Frage ist abhängig davon, ob gewerbliche Räume als dem Begriff der „Wohnung“ im Sinne des Art. 13 Abs. I unterfallend angesehen werden oder nicht. Man wird das zumindest insoweit bejahen müssen, wie die gewerblichen Räume im weiteren Sinne in Zusammenhang mit der eigentlichen Wohnung stehen, z. B. an sie angrenzen. Für diesen Fall erscheint es ausgeschlossen, in einem Eingriff in die Geschäftsräume nicht gleichzeitig eine Verletzung des Wohnrechts zu sehen. Abzustellen ist darauf, ob die unmittelbaren Wohn- und die gewerblichen Räume eine Einheit bilden. Die hier zitierten Bestimmungen können also Gültigkeit nur beanspruchen, soweit sie von der Wohnung getrennte gewerbliche Räume von dem besonderen Schutz ausnehmen¹⁾.

k) *Das Eigentum, Art. 14 GG*

Inhalt und Schranken dieses Grundrechts werden durch die Gesetze bestimmt. Es ist bereits ausgeführt worden, daß deshalb ein Vorgehen gegen einen Störer niemals einen Eingriff in das Eigentumsrecht darstellt, weil es sich hier nur um Zurückweisung in die durch das Polizeigesetz gezogenen Schranken handelt, eine Zitierung des Art. 14 GG also nicht erforderlich ist. Es ist zu fragen, ob auch eigentumsberührende Maßnahmen gegenüber einem Unbeteiligten auf Grund von Gesetzen erfolgen dürfen, die dem Zitiergebot des Art. 19 Abs. I GG nicht nachkommen. Diese Frage stellt sich besonders deswegen, weil § 94 BLeistG zwar das Grundrecht des Art. 13, nicht aber das des Art. 14 GG als eingeschränkt nennt. Von ihrer Beantwortung hängt es daher ab, ob die im BLeistG zugelassenen Eigentumseingriffe eine gültige Rechtsgrundlage haben, oder ob das Gesetz nicht insoweit wegen Verstoßes gegen Art. 19 Abs. I GG nichtig ist²⁾.

Die Umgrenzungen des Eigentums in Art. 14 GG sind m. E. erschöpfend aufgezählt. Gesetze, die das Eigentum einengen, bestimmen entweder den Inhalt des Rechts³⁾ oder ziehen Schranken, oder sie sprechen eine Enteignung aus oder lassen sie zu⁴⁾.

¹⁾ Vgl. Kern, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 105; v. Mangoldt-Klein, S. 401; Wernicke, im Bonner Kommentar, Art. 13, S. 2; a. A. Wolff, Lehrbuch, § 35 V b 9 auf S. 158; nach § 19 PVG RhldPf. erstreckt sich der Schutz ausdrücklich auf Wohnungen oder gewerbliche Räume.

²⁾ Das gleiche gilt z. B. für das Bundesfernstraßengesetz vom 6. August 1953 (BGBl I, S. 905), § 19; das Landbeschaffungsges. vom 23. Februar 1957 (BGBl I, S. 154), §§ 1, 10 ff; das Baulandbeschaffungsges. vom 3. August 1953 (BGBl I, S. 720), §§ 1 — 8 und das Wohnraumbewirtschaftungsges. vom 31. März 1953 (BGBl I, S. 97), § 1.

³⁾ z. T. unter Berücksichtigung der Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. II GG).

⁴⁾ a. A. v. Mangoldt-Klein, der eine Zitierung durch Gesetze, die den Inhalt des Eigentums bestimmen und solche, die eine Enteignung gestatten, nicht für notwendig hält, das Zitiergebot aber für bedeutsam erachtet bei solchen Gesetzen, welche eine Eigentumsentziehung zulassen, die keine Enteignung ist. Vgl. S. 432, 435, 448.

Soweit es um solche Gesetze geht, die lediglich den Inhalt des Eigentums bestimmen oder Schranken ziehen, ohne eine Enteignung auszusprechen oder zuzulassen, liegt kein Eingriff vor, sondern eine Bestimmung des Umfangs des Rechts. Aus diesem Grunde ist eine Nennung gemäß Art. 19 Abs. I nicht erforderlich. Die Begriffe „Schranken“ und „Inhalt“ (wovon der erstere auch in Art. 5 Abs. II Verwendung findet) unterscheiden sich dadurch, daß „Schranken“ die Grenzen eines bestimmten Tuns bestimmen, sich also nur gegen den Störer richten, während es zum „Inhalt“ eines Rechts auch gehören kann, daß ein Unbeteiligter Opfer an seinem Recht duldet.

Für Enteignungsgesetze wird z. T. die Auffassung vertreten, daß die Verfassung selbst das Eigentum nur unter Vorbehalt des Art. 14 Abs. III GG gewähre, eine Zitierung also schon deshalb nicht erforderlich sei, weil insoweit im nicht gewährleisteten Raum vorgegangen werde¹⁾. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Bei einer Enteignung handelt es sich immer um einen echten Eingriff in das Grundrecht des Art. 14, denn wenn nicht einmal die Entziehung des Eigentums einen Eingriff darstellt, dann ist eben überhaupt kein Vorgehen des Staates echter Eingriff. Dafür, daß das Eigentumsrecht nur unter dem Vorbehalt des Art. 14 Abs. III GG gewährt werde, lassen sich Gründe nicht finden.

Dagegen ist der Ansicht, daß die Junktimsklausel bei Enteignungsgesetzen an die Stelle des in Art. 19 Abs. I geforderten Zitirates trete, zuzustimmen. Wenn der Gesetzgeber sich schon deswegen darüber klar werden muß, daß er eine Enteignung gestattet, weil das betr. Gesetz nur mit einer Entschädigungsregelung Gültigkeit erlangen kann, dann erscheint ein nochmaliger Beweis dafür, daß die grundrechtseinschränkende Wirkung des Gesetzes erkannt wurde, überflüssig. Überdies ist ja auch die Junktimsklausel ein erhebliches Mehr gegenüber der bloßen Zitierung. Aus diesem Grunde hat das Zitiergebot für Art. 14 keine Bedeutung, so daß die Rechtsgültigkeit der hier in Frage stehenden Gesetze bejaht werden muß, auch wenn sie den Art. 14 nicht — wie z. B. alle Polizei- und Ordnungsgesetze — als einschränkbar nennen²⁾.

Da alle Vorschriften, die den gesteigerten Gefahrenbegriff enthalten und ein Vorgehen gegen einen Unbeteiligten gestatten, auch eine Entschädigungsregelung aufweisen, braucht hier nicht entschieden zu werden, ob es sich im Einzelfall bei einer Maßnahme um eine Inhaltsbestimmung oder um einen enteignungsgleichen Eingriff handelt, eine Entschädigung wird dem Nichtstörer immer gewährt.

¹⁾ z. B. OVG Hmb. v. 16. Oktober 1950, MDR 1950, S. 760 und d. Begründung zu der durch den Bundesrat erfolgten Änderung des § 87 des Regierungsentwurfs zum BLeistG, der Art. 14 GG als eingeschränkt nannte. (Bundestagsdrucksache Nr. 1804)

²⁾ So auch Haas, System, S. 12 Anm. 10, S. 30; Wormit, S. 84; Drems-Wacke, S. 59; Weber, bei Neum.-Nipp.-Scheun., Bd. II, S. 369; Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVdStRL H. 10, S. 74 ff. auf S. 84; a. A. Huber, Bd. II, S. 18, 222; Dürig, „Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff“, in JZ 1954, S. 4 ff. auf S. 7; Schöne, „Öffentliche Gewalt und Eigentum“, in DOV 1954, S. 552 ff. und Seufert, S. 17, der allerdings das Baulandbeschaffungsgesetz stillschweigend als gültig behandelt.

Die Polizeigesetze gestatten Eigentumsbeschränkungen gegenüber einem Unbeteiligten zur Abwehr einer gesteigerten Gefahr auf Grund der allgemeinen Eingriffsermächtigungen, ohne die zulässigen Maßnahmen im einzelnen zu qualifizieren. Als Eingriffsgrundlagen kommen in Frage: § 14 i. V. m. § 21 prPVG, § 1 PolGes SchlH i. V. m. § 21 prPVG, Art. 5 Abs. II i. V. m. Art. 12 PAG ¹⁾, §§ 1 u. 15 PolGesHess ²⁾, § 1 Hmb.Ges. über die Polizeiverwaltung i. V. m. § 21 prPVG, §§ 1 u. 8 SOG, §§ 1 u. 27 PVG RhldPf ³⁾.

Das BLEistG gestattet nicht Eingriffe in das Eigentum schlechthin, sondern bezeichnet die möglichen Eingriffe, die zur Abwehr der Gefahr des § 1 Ziff. 1 in jedem Falle gerechtfertigt sind, genau. Die Leistungen, die auf Grund des Gesetzes angefordert werden dürfen, sind in § 2 Abs. I BLEistG aufgeführt. Eigentumseingriffe können sein: Gebrauchsüberlassung, Unterlassung des Gebrauchs beweglicher oder unbeweglicher Sachen, Duldung der Einwirkung auf unbewegliche Sachen und als schärfster Eingriff die Enteignung beweglicher Sachen, die gemäß § 16 Abs. II und Abs. III originären Eigentumserwerb des Leistungsempfängers zur Folge hat. Die Enteignung von Grund und Boden ist nach dem BLEistG nicht zulässig, sie erfolgt entweder nach dem Schutzbereichs- oder nach dem Landbeschaffungsgesetz.

¹⁾ Hier ist zu beachten, daß bestimmte Eigentumseingriffe besondere Voraussetzungen erfordern. Vgl. dazu die Art. 23 ff. PAG. Von einem besonderen Gefahrenbegriff ist die Tötung von Tieren nach Art. 32 PAG abhängig.

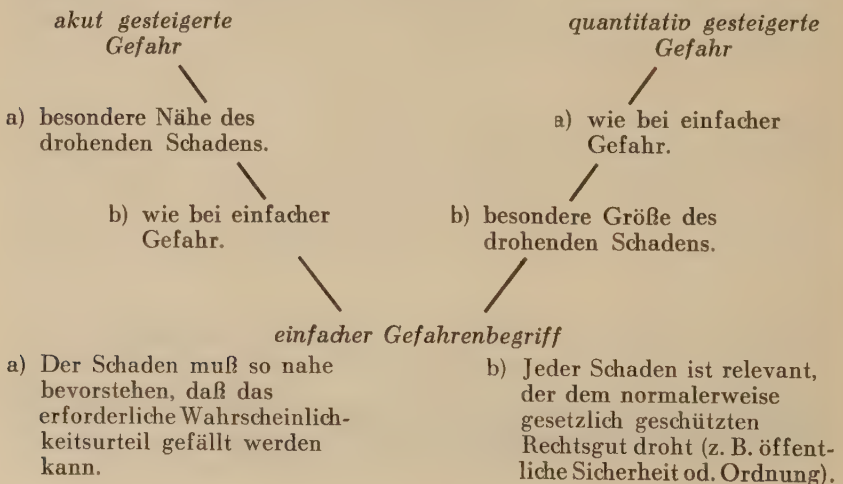
²⁾ Wie beim PAG, vgl. §§ 23 ff. PolGes Hess.

³⁾ Wie zu ¹⁾, vgl. §§ 9 ff. PVG RhldPf.

Kapitel III

Die quantitative Steigerung des Grades der Gefahr

Die Annäherung des Gefahrenzustandes an den Zeitpunkt des Schadenseintritts war als akute Steigerung des Grades der Gefahr bezeichnet worden. Neben dieser möglichen Erhöhung der Bedrohung kennt unsere Rechtsordnung aber noch eine andere, die ihrerseits auch wieder eine erweiterte Befugnis des Staates, in die Rechtssphäre der Zivilperson einzugreifen, im Gefolge hat. Eine erhöhte Gefahr liegt nicht nur dann vor, wenn der drohende Schaden besonders nahe bevorsteht, sondern auch dann, wenn er voraussichtlich besonders groß sein wird. Die zweite mögliche Steigerung der Gefahr soll als die „quantitative“ bezeichnet werden. Hier wird verlangt, daß die zum Eingreifen veranlassende Sachlage in irgendeinem Punkt der gedachten Senkrechten, in dem die Merkmale des allgemeinen Gefahrenbegriffs erfüllt sind, einen in bestimmter Weise über den Rahmen der sonst relevanten Verletzungen hinausgehenden Schaden zu verursachen droht, die Bedrohung sich also vergrößert hat, ohne daß der Abstand vom Zeitpunkt des Schadenseintritts ein anderer geworden wäre. Beide Steigerungen gehen auf den einfachen Gefahrenbegriff zurück. Im einen Falle wird gefordert, daß die drohende Verletzung in unmittelbare Nähe gerückt sei, während das geschützte Rechtsgut unverändert bleibt, im anderen Falle nimmt der Gesetzgeber eine Einengung des geschützten Gutes vor, während die zeitliche Nähe des Schadens die gleiche bleiben kann wie bei der einfachen Gefahr. Akute und quantitative Steigerung des Grades der Gefahr folgen einander also nicht, sondern laufen nebeneinander her. Das bedeutet, daß die eine die andere nicht umfaßt und daß bei Vorliegen einer quantitativ gesteigerten Gefahr nicht unbedingt auch der Tatbestand eines Gesetzes erfüllt zu sein braucht, das als Merkmal die akut gesteigerte Gefahr enthält.



Der Zustand „Gefahr“ kann eine quantitative Steigerung in zweierlei Weise erfahren, nämlich entweder dadurch, daß ein wertvolleres Rechtsgut als bei der einfachen Gefahr bedroht wird oder dadurch, daß einer besonders großen Zahl von Rechtsgütern normalen Wertes Schaden droht. In jedem Falle ist der zu befürchtende Schaden besonders groß. Unsere Rechtsordnung weist Beispiele für beide Formen der quantitativen Steigerung auf. Innerhalb der beiden Gruppen gibt es wieder Variationen, je nachdem, um welches Rechtsgut es sich handelt oder wie viele Rechtsgüter bedroht sein müssen. Diese Variationen legt das in Frage kommende Gesetz fest. Hierin liegt also ein wesentlicher Unterschied zur akut gesteigerten Gefahr, die eindeutig ist und nicht variiert. Aus diesem Grunde kann es zwar neue Formulierungen der akut gesteigerten Gefahr geben, aber keine neuen Gefahrenbegriffe. Bei der quantitativ gesteigerten Gefahr können de lege ferenda immer wieder neue Begriffe erscheinen.

§ 13: Die besonderen Gefahrenbegriffe

a) Die gemeine Gefahr

Der Begriff der gemeinen Gefahr findet sich nicht nur im Polizei- und Ordnungs-, sondern vor allem auch im Strafrecht. Er ist Tatbestandsmerkmal folgender Bestimmungen:

§§ 16 prPVG, 25 Abs. I PolGesBadWü, 31 Abs. I PolGesSchlH, Art. 37 PAG, 13 Abs. III GG, § 330 c StGB.

Die Frage, ob der Begriff der gemeinen Gefahr in allen diesen Vorschriften die gleiche Bedeutung habe, kann ohne weiteres bejaht werden für die Polizeigesetze und Art. 13 Abs. III GG. Hier stimmt nicht nur der Gesetzestext wörtlich überein und ist im GG erkennbar an die zuerst erfolgte Formulierung des § 16 prPVG angelehnt, sondern auch die Gesetzesmaterie ist die gleiche. Schwieriger ist es jedoch, eine Übereinstimmung der Polizei- und Ordnungsgesetze mit § 330 c StGB festzustellen. Nach Art. 13 Abs. III GG und den gleichlautenden Bestimmungen läßt die Formulierung „gemeine Gefahr oder eine Lebensgefahr für einzelne Personen“ keinen Zweifel daran, daß gemeine Gefahr nicht auch die Gefahr ist, die nur einen Einzelnen bedroht. Demgegenüber definiert § 315 Abs. III StGB die Gemeingefahr als „eine Gefahr für Leib oder Leben, sei es auch nur eines einzelnen Menschen . . .“. Es sind daher folgende Fragen zu beantworten:

1. Gilt diese Definition auch für die gemeine Gefahr in § 330 c StGB?
2. Wenn nein, ist der Gefahrenbegriff in § 330 c StGB der gleiche wie in den übrigen oben genannten Bestimmungen?

Die Bedeutung des § 315 Abs. III StGB für die Delikte des 27. Abschnitts ist umstritten. Rechtsprechung und Lehre sprechen der Legaldefinition zum Teil ohne weitere Einschränkungen Gültigkeit für alle Bestimmungen des StGB zu, die den Begriff der Gemeingefahr enthalten¹⁾,

¹⁾ So *Schönke*, Bem. I vor § 306, S. 1069; *Mezger*, Bes. Teil, S. 224; *Dalcke*, § 313 StGB, Anm. 7b; *Niethammer*, S. 376; *Rietdorf*, S. 124; RGSt 71, S. 200. (Die beiden letzten Zitate für § 330 c StGB).

z. T. schränken sie die Legaldefinition selbst dahingehend ein, daß zwar auch eine Gefahr für Leib oder Leben einer Einzelperson eine Gemeingefahr sein könne, aber immer nur dann, wenn die Person des Einzelnen, den die Verletzung zu treffen drohe, individuell unbestimmt sei, wenn z. B. eine Brücke unter dem ersten besten, der sie betritt, zusammenbrechen werde aber nicht feststeht, wer dieser erste beste sein werde¹⁾. Eine dritte Gruppe lehnt die Anwendung des § 315 Abs. III für alle diejenigen Bestimmungen ab, die nicht ausdrücklich darauf Bezug nehmen, also auch für § 330 c StGB²⁾.

Auf die Frage, ob die Bestimmungen, die außer den §§ 315, 315 a und 330 c StGB den Begriff der gemeinen Gefahr enthalten, wie z. B. § 313 StGB, der Definition des § 315 Abs. III unterfallen, braucht hier nicht eingegangen zu werden; zu untersuchen ist nur das Verhältnis des § 330 c zu dieser Definition.

aa) Der Nothilfevorschrift kommt auch im Rahmen der gemeingefährlichen Handlungen eine besondere Stellung zu, die ihr einen von den übrigen Bestimmungen des 27. Abschnitts des StGB abweichenden Charakter verleiht. Dieser Ausnahmeharakter hat auch stets Anerkennung gefunden, eine Tatsache, die sich an Hand der Bearbeitungen des StGB seit seinem Erlaß im Jahre 1871 leicht nachweisen läßt.

1. Schon in der ursprünglichen Fassung nahm die Vorschrift des § 360 Ziff. 10 StGB eine Sonderstellung insofern ein, als das Gesetz bei den gemeingefährlichen Delikten zwischen der gemeinen Gefahr für Menschenleben und der gemeinen Gefahr für das Eigentum unterschied und den Begriff der gemeinen Gefahr schlechthin nur in der Nothilfebestimmung verwandte.

In der Folgezeit stand auch nur der Gefahrenbegriff bei den gemeingefährlichen Handlungen im Meinungsstreit, nicht aber die gemeine Gefahr in § 360 Ziff. 10 und dessen Ersatzvorschriften.

2. Der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 1909 verwendet im 14. Abschnitt, §§ 189 ff., den Begriff der Gefahr für Menschenleben oder im bedeutenden Umfang für fremdes Eigentum und gebraucht den der gemeinen Gefahr nur noch in der Nothilfevorschrift des § 308 Ziff. 8.

3. Ebenso der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 (§§ 258 ff und § 415).

4. Der Entwurf von 1919 kennt überall nur noch die „Gemeingefahr“, die in § 9 legal definiert ist als „Gefahr für Menschenleben oder in bedeutendem Umfang für fremdes Eigentum“. Die im Vorentwurf von 1909 anerkannte Unterscheidung zwischen dieser Gefahr und der Gemeingefahr ist also hier fallen gelassen worden.

¹⁾ Den so ausgelegten § 315 Abs. III wenden z. B. an: *Welzel*, S. 371; *Kohlrausch-Lange*, § 315, Anm. III 2; *Sauer*, S. 315; *Maurach*, Bes. Teil, S. 454, nimmt den § 315 Abs. III StGB für die §§ 315 - 316 wörtlich, d. h. auch eine Leibes- oder Lebensgefahr für eine bestimmte Einzelperson sei eine Gemeingefahr, macht aber die oben bezeichnete Einschränkung, soweit er die Legaldefinition als generell gültig aufgefaßt wissen will. Vgl. für das Schweizer Recht: *Hafer*, 1. Hälfte, S. 49; 2. Hälfte, S. 491.

²⁾ So *Werner* im *Leipziger Kommentar*, Bem. III v. §§ 306 ff. *Schwarz*, § 306 StGB, Anm. 1 B; *Wildanger*, S. 41 ff.; *Herrmann*, S. 41.

5. Der Entwurf von 1925 behält diese Einteilung unter Verwendung der gleichen Legaldefinition (§ 11 Nr. 11) bei.
6. Der Entwurf aus dem Jahre 1927 ersetzte dann im Abschnitt über gemeingefährliche Handlungen, §§ 225 ff., bewußt die Gemeingefahr durch den Begriff der Gefahr für Leib oder Leben oder in bedeutendem Umfang für fremdes Eigentum. Die amtliche Begründung zu diesem Entwurf¹⁾ stellt klar, warum diese Änderung angestrebt wurde, deswegen nämlich, weil „... von einer ‚Gemeingefahr‘ nur bei Gefährdung individuell nicht bestimmter Personen oder Sachen gesprochen werden kann, dagegen nicht bei einer Gefahr, die einer oder mehreren individuell bestimmten Personen oder Sachen droht ...“ Hier wurde also klar erkannt, daß die Gefahr für eine bestimmte Einzelperson nicht als Gemeingefahr bezeichnet werden kann und ein anderer Gefahrenbegriff gewählt, um auch die Gefährdung Einzelner unter erhöhten Strafschutz zu stellen. Trotz dieser Erkenntnis behielt aber der Entwurf den Begriff der „gemeinen Gefahr“ in der Bestimmung über die unterlassene Hilfeleistung (§ 401) bei. Das bedeutet, daß er die Nothilfevorschrift unter anderem Aspekt betrachtete als die gemeingefährlichen Handlungen²⁾ und die im übrigen abgelehnte „gemeine Gefahr“ hier verwendet wissen wollte.
7. In gleicher Weise ging auch der Entwurf von 1930 vor.
8. Das Gesetz zur Änderung des StGB vom 28. Juni 1935 (RGBl I, S. 839) brachte dann die noch heute gültige Legaldefinition des § 315 Abs. III StGB. Der Grund dafür, daß der Gesetzgeber die Gemeingefahr in dieser Weise definierte, war der gleiche, der die Bearbeiter des Entwurfs von 1927 bewogen hatte, auf den Begriff überhaupt zu verzichten, soweit es die gemeingefährlichen Handlungen betraf, nämlich der, auch die Gefährdung einzelner Personen oder Sachen unter den erhöhten Strafschutz zu stellen³⁾. Die Novelle erreichte ihr Ziel aber im Gegensatz zu den Entwürfen von 1927 und 1930 durch eine sprachwidrige Definition.
9. Die Tatsache, daß die Nothilfevorschrift außerhalb der Diskussion um den Begriff der gemeinen Gefahr stand und daß der Ausschluß von Einzelgefahren hier unbestritten war, geht endlich daraus hervor, daß der Entwurf von 1935 zwar die Gemeingefahr in dem Abschnitt über gemeingefährliche Handlungen wieder durch die „Gefahr für Menschen oder bedeutende Werte“ ersetzen wollte, im Tatbestand der Nothilfe (§ 317) aber den Begriff der gemeinen Gefahr beließ. Die Begründung sagt ausdrücklich, daß der Grund der Änderung in der Befürchtung zu suchen sei, sich mit dem allgemeinen Sprachgebrauch in Widerspruch zu setzen, auf die Bestrafung der Gefährdung Einzelner aber nicht verzichtet werden könne. Die gemeine Gefahr in §§ 316 f. wird dagegen

¹⁾ Drucksache des Reichstags Nr. 3390, S. 116.

²⁾ Auch wenn man berücksichtigt, daß das Unterlassen der Hilfeleistung als Ungehorsamsdelikt gewertet wurde.

³⁾ Vgl. Thierack, bei Gürtner, Bes. Teil, S. 299.

ausdrücklich bestimmt als Gefahr für „ . . . unbestimmt welche und wieviele Menschen oder Sachen . . . “

Dieser Überblick zeigt, daß die gemeine Gefahr in § 330 c StGB anders beurteilt werden muß als die in § 315 Abs. III definierte. War es bei den gemeingefährlichen Handlungen strittig, ob man hier auch die Gefahr für Einzelne berücksichtigen sollte und ob der Begriff „Gemeingefahr“ überhaupt am Platze sei, so hat die Nothilfевorschrift seit 1871 ununterbrochen in allen Entwürfen und Novellen das Tatbestandsmerkmal der gemeinen Gefahr enthalten, über dessen Begriffsinhalt die Ansichten nicht wechselten. Auch da, wo offensichtlich erkannt wurde, daß „gemeine Gefahr“ sprachlogisch nicht die Gefahr für eine Einzelperson sein könne, hatte man gegen die Verwendung dieses Begriffes in der Nothilfebestimmung keine Bedenken. Das Strafrechtsänderungsgesetz von 1935 weicht von dem Entwurf von 1927 nur soweit ab, als es die übrigen gemeingefährlichen Handlungen betrifft, bezüglich des § 330 c stimmt es mit ihm überein.

bb) Die Novelle von 1935 führte nicht nur den § 315 Abs. III, sondern auch den § 143 a ein und wies in dieser Bestimmung ausdrücklich darauf hin, daß es sich bei dem verwandten Gefahrenbegriff um die Gemeingefahr im Sinne des § 315 Abs. III handele. In gleicher Weise verfuhr der Gesetzgeber bei Einfügung des § 315 a StGB durch das Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. Dezember 1952 (BGBl I, S. 832). Dagegen läßt der ebenfalls durch die Novelle von 1935 eingefügte § 330 c einen solchen Hinweis auf die Legaldefinition vermissen, ein weiteres Indiz dafür, daß der § 315 Abs. III auf § 330 c keine Anwendung finden sollte.

cc) Durch die Aufführung des § 330 c im 27. Abschnitt des StGB hat der Gesetzgeber diese Bestimmung in einen Rahmen eingefügt, in den sie nicht gehört. Die sog. „gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen“ tragen ihren Namen deswegen, weil es sich um Delikte handelt, bei denen der Täter eine Gemeingefahr herbeiführt. Der Täter des § 330 c ist jedoch bei Vermeidung von Strafe aufgefordert, zu handeln, weil eine Gemeingefahr besteht¹⁾, nicht weil er sie herbeigeführt hätte. Strafgrund ist hier nicht wie bei den vorhergehenden Delikten die Gemeingefährdung, sondern das Nichteingreifen bei bereits bestehender Gemeingefahr²⁾.

dd) Ein weiteres Argument dafür, daß die Bedrohung eines Einzelnen nicht unter den Begriff der gemeinen Gefahr in § 330 c StGB fällt, ergibt sich aus polizeirechtlichen Erwägungen. Die Aufgabe, Gefahren abzuwehren, ist Sache des Staates, der zu diesem Zwecke Polizei- und Ordnungsbehörden bestellt hat. Wenn der Gesetzgeber sich nun gezwungen sieht, bei der Abwehr gewisser Gefahren die selbständige Hilfe der Zivilperson in Anspruch zu nehmen, so kann es sich hier nur um einen

¹⁾ Vgl. *Maurach*, Bes. Teil, S. 406.

²⁾ So kann sich die im Anschluß an das RG z. T. heute noch zu findende Formulierung, eine gemeine Gefahr liege dann vor, „wenn der Täter es nicht in der Hand habe, die Ausdehnung der Gefährdung zu bestimmen“ erkennbar nur auf den Täter beziehen, der die Gefahr selbst herbeiführte. Vgl. *Werner* im *Leipziger Kommentar*, Bem. III vor §§ 306 ff. *Schwarz*, § 306, Anm. 1 B; *Maurach*, Bes. Teil, S. 454; *Dalcke*, § 312, Anm. 1; *Kohlrausch-Lange*, I vor § 306; *RGS* 5, S. 309.

— besonders wesentlichen — Ausschnitt aus dem sonst den Polizei- und Ordnungsbehörden obliegenden Aufgabenkreis handeln. M. a. W., nicht überall da, wo auch die Polizei eingreifen muß, sondern nur in unumgänglich notwendigen Ausnahmefällen kann die Tätigkeitspflicht der Zivilperson begründet sein.

ee) Wer gegen das die Einbeziehung der Einzelgefährdung in die gemeine Gefahr des § 330 c StGB ablehnende Ergebnis vorbringt, daß dann wesentliche Lücken in der Abwehr von Gefahren entstehen würden, sollte nicht vergessen, daß das Tatbestandsmerkmal der gemeinen Gefahr gegenüber dem des Unglücksfalles in der Praxis nur untergeordnete Bedeutung hat. Der „Unglücksfall“, der einen einzelnen Menschen betrifft, erfüllt aber bereits den Tatbestand des § 330 c.

Alle diese Überlegungen lassen nur den Schluß zu, daß die Legaldefinition des § 315 Abs. III StGB auf § 330 c keine Anwendung finden kann. Die Nothilfavorschrift enthält vielmehr den in der gesamten übrigen Rechtsordnung geltenden und der sprachlichen Logik entsprechenden Begriff der gemeinen Gefahr, so wie er auch in Art. 13 Abs. III GG, § 16 prPVG und den entsprechenden Bestimmungen der Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder enthalten ist.

Dieser besondere Gefahrenbegriff ist dadurch bestimmt, daß er eine Bedrohung der Allgemeinheit voraussetzt¹⁾.

Außer den bereits erwähnten und abgelehnten Ansichten über die Definition der gemeinen Gefahr werden zahlreiche Meinungen vertreten, von denen hier nur die beiden wesentlichsten wiedergegeben werden sollen.

Die erste Ansicht sieht das Kriterium der gemeinen Gefahr lediglich in der Vielheit der gefährdeten Objekte, die Gegenmeinung hält es für erforderlich, daß die Zahl der Bedrohten unbestimmt sei²⁾. Der zuletzt genannten Ansicht kann nicht gefolgt werden, weil sie zu eng ist und zu Ergebnissen führt, die von Zufällen abhängen. Liegt das Kriterium der gemeinen Gefahr darin, daß die Allgemeinheit bedroht ist, so muß jede weitere Unterscheidung danach, ob das, was im Einzelfall als „die Allgemeinheit“ zu bezeichnen ist, zahlenmäßig bestimmt werden kann oder nicht, als mehr oder weniger willkürlich erscheinen. Das wird klar an einem oft gebrauchten Beispiel: Bei einem Schiff auf hoher See, daß durch ein bedrohliches Ereignis gefährdet wird, sind die anwesenden Personen ihrer Zahl nach genau bestimmt. In Gefahr sind alle, die sich auf dem

¹⁾ Vgl. *Werner im Leipziger Kommentar*, § 330 c, Anm. II 2; *Welzel*, S. 371; *Wildanger*, S. 50; *Arndt-Gölde*, S. 107; *RGSt* 75, S. 68; *Haft*, 1. Hälfte S. 49, 2. Hälfte S. 491.

²⁾ Gemeine Gefahr = Gefahr für unbestimmt viele. Vgl. *Wildanger*, aaO; *Scupin*, im Handbuch, S. 638; *Kaufmann*, S. 359; *Franzen*, S. 219 zu § 16 prPVG; *Reiff*, S. 105; *Müller-Heidelberg*, S. 55; *Herrmann*, S. 58. Die Begründung zu § 316 des Entwurfs zum StGB von 1955 bestimmte die gemeine Gefahr überflüssigerweise als einen Zustand, in dem „... die begründete Besorgnis eines ernststen Schadens für unbestimmt welche und wieviele Menschen oder Sachen gegeben ist“. Wenn die Zahl der Gefährdeten unbestimmt ist so steht selbstverständlich auch ihre Individualität nicht fest. *Sauer*, S. 315, hält eine gemeine Gefahr auch dann für gegeben, wenn der drohende Schaden unmittelbar bevorsteht, eine Ansicht, die den Unterschied zwischen akuter und quantitativer Steigerung des Grades der Gefahr beseitigen würde und damit auch die Unterschiedlichkeit der zulässigen Rechtseingriffe.

Schiff befinden. Soll es sich hier dann, wenn das gefährdete Schiff allein bleibt, nicht um eine gemeine Gefahr handeln? Die Allgemeinheit wird doch hier und jetzt dargestellt durch die auf dem Schiff befindlichen Menschen. Versteht man so unter Allgemeinheit die Summe der an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit „die Gesellschaft“ bildenden Menschen, so ist diese Allgemeinheit bedroht, wenn nicht nur eine oder zwei Personen, sondern eine Vielzahl aus der Gesellschaft sich in Gefahr befinden und wenn die für diese Allgemeinheit wichtigen Gegenstände gefährdet sind.

Gemeine Gefahr ist daher die Gefahr für eine solche, zahlenmäßig bestimmte oder unbestimmte Vielheit von Personen oder Sachen, die die Summe der an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit die Gesellschaft bildenden Personen mit ihr gefährdet erscheinen läßt¹⁾. Daß es dabei unerheblich ist, ob später ein Schaden tatsächlich nur für ein Objekt eintritt, ergibt sich bereits aus den Erörterungen über den allgemeinen Gefahrenbegriff und das Möglichkeitsurteil²⁾.

b) Die Lebensgefahr

Liegt die Steigerung der Bedrohung bei der gemeinen Gefahr in der besonderen Quantität, so liegt sie bei der Lebensgefahr in der besonderen Qualität des bedrohten Rechtsguts. Das außergewöhnlich wertvolle Rechtsgut rechtfertigt tiefergreifende Eingriffe als bei der einfachen Gefahr, auch wenn der drohende Schaden noch nicht unmittelbar bevorsteht.

Der Begriff der „Lebensgefahr“, so wie er in §§ 16 prPVG, 25 Abs. I PolGesBadWü, 31 Abs. I PolGesHess, 3 SOG, 19 Abs. II PVGRhldPf., 5 Abs. II a PolGesSchlH, Art. 13 Abs. III GG und 37 PAG gebraucht wird, umfaßt nicht nur die Gefahr, die das menschliche Leben zu vernichten droht, sondern nach wohl unbestrittener Ansicht auch die Gefahr einer erheblichen, d. h. in diesem Falle schweren Schädigung der menschlichen Gesundheit³⁾. Da diese Ausweitung des Begriffes nur der Notwendigkeit entspringt, gewisse Fälle der Leibeshesgefahr als Rechtsgrund für Eingriffe anzuerkennen, streng genommen aber sprachwillkürlich ist, kann die heute z. T. bestehende Tendenz, außer der erheblichen auch die „nicht unerhebliche“ Gesundheitsgefahr als ausreichend anzusehen, nicht unwidersprochen bleiben. Es muß sich hier um eng begrenzte Ausnahmefälle handeln, soweit über den eigentlichen Wortsinn hinausgegangen wird.

c) Die „unmittelbare Gefahr für das menschliche Leben“ in Art. 32 PAG und die „unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit“ in § 13 Abs. 1, S. 2 BVersG.

Die oben aufgestellte Behauptung, daß die hier sog. quantitative gegenüber der sog. akuten Steigerung der Gefahr kein Mehr, sondern ein aliud darstelle, findet ihre Bestätigung darin, daß die Rechtsordnung Gefahren-

¹⁾ Vgl. Binding, Normen, I, S. 395 f; Birk, „Zur Gemeingefahr in § 315 a StGB“, NJW 1954, S. 1146, auf S. 1147, der die Legaldefinition des § 315 Abs. III StGB überhaupt als unbeachtlich ansieht. Henckel, S. 51; Frank, Bem. II vor §§ 306 ff., S. 674.

²⁾ Vgl. insbesondere oben S. 47 ff.

³⁾ Kaufmann, S. 360; Franzen, S. 219 zu § 16 prPVG; Reiff, S. 105; Klausener-Kerstiens-Kempner, S. 177.

begriffe kennt, die beide Steigerungen enthalten. Es muß zur Erfüllung des Tatbestandes sowohl der befürchtete Schaden unmittelbar bevorstehen, als auch ein Rechtsgut von besonders hohem Wert gefährdet sein.

Art. 32 PAG faßt die unmittelbare (=dringende) Gefahr mit der Lebensgefahr zusammen zu einem besonderen Gefahrenbegriff und erreicht dadurch eine Beschränkung der Eingriffsberechtigung, wie sie sonst nirgends zu finden ist. Ob allerdings das Rechtsgut, um das es sich hier handelt, eine so weitgehende Abschirmung vor der Staatsgewalt rechtfertigt, erscheint angesichts der Tatsache, daß Eingriffe in zweifellos weit höherwertige Rechtsgüter schon bei geringerer Bedrohung möglich sind, äußerst zweifelhaft. Inhaltlich handelt es sich um eine Kombination der besonderen Gefahrenbegriffe, wie sie oben in Kapitel II. und vorstehend unter b) erörtert worden sind.

Die starke Einengung des Gefahrenbegriffs in § 13 Abs. I S. 2 BVersG dient dem besonderen Schutz eines Grundrechts als ganzem, nämlich der Versammlungsfreiheit, soweit es sich um Versammlungen in geschlossenen Räumen handelt ¹⁾. Auch hier verwendet der Gesetzgeber eine Kombination der in ihrer Dringlichkeit mit der bezüglich des drohenden Schadens gesteigerten Gefahr. Der Gefahrenbegriff weicht aber doch von dem in Art. 32 PAG gebrauchten ab. „Gefahr für Leben und Gesundheit“ kann hier nur alternativ aufgefaßt werden, denn eine Lebensgefahr ohne gleichzeitige Gefährdung der Gesundheit ist nicht denkbar. Sowohl Gefahren für das Leben als auch für die Gesundheit unterfallen dem Begriff des § 13 Abs. I S. 2 BVersG, sofern der drohende Schaden unmittelbar bevorsteht. Da aber der Gesetzgeber nichts darüber aussagt, daß von den möglichen Gesundheitsgefahren nur die besonders schwerwiegenden den Tatbestand erfüllen sollten, eine solche weitere Einschränkung bei der gesamten, auf den Schutz des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit gerichteten Tendenz auch nicht unterstellt werden kann, wird der § 13 Abs. I S. 2 BVersG auch durch solche Gefahren für die menschliche Gesundheit erfüllt, die nicht besonders schwerwiegend sind.

§ 14: *Die unterlassene Hilfeleistung des § 330 c StGB.*

Den wahrscheinlich schärfsten Eingriff in die Freiheitssphäre der Zivilperson zur Bekämpfung einer gemeinen Gefahr nimmt der Gesetzgeber selbst in § 330 c StGB vor.

a) *Der Umfang der Hilfspflicht*

Die Nothilfenvorschrift hat im Laufe der Strafrechtsentwicklung Veränderungen erfahren, die sich nach der Auffassung über die Stellung des Staatsbürgers zur Obrigkeit richteten. Sie war ursprünglich ein Ungehör-

¹⁾ Eingriffe in Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge sind auch möglich, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung unmittelbar gefährdet ist, § 15 Abs. I BVersG.

samsdelikt. Strafgrund war die Nichtbefolgung einer polizeilichen Aufforderung zur Hilfeleistung (§ 360 Ziff. 10 StGB von 1871). Voraussetzung der Strafbarkeit war also, daß eine Aufforderung erging, eine Pflicht zum Eingreifen ohne Aufforderung bestand nicht¹⁾. Erst die Novelle von 1935 brachte mit der Einfügung des § 330 c die Abwendung von der Auffassung als Ungehorsamsdelikt, behielt aber die polizeiliche Aufforderung beispielhaft durch Anfügung von „insbesondere“ bei, die erst das Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 aufgab. Der Grund der Strafbarkeit wurde von nun an in dem Verstoß gegen die Mindestpflichten gesehen, die dem Einzelnen als Mitglied der Gesellschaft gegenüber der Allgemeinheit obliegen, nach nationalsozialistischer Auffassung in der Zuwiderhandlung gegen das „gesunde Volksempfinden“²⁾.

Die Hilfspflicht trifft jeden, der von dem schadendrohenden Ereignis (gemeine Gefahr oder Not bzw. Unglücksfall) weiß und zur Hilfe in der Lage ist.

aa) Die Hilfe muß erforderlich sein, d. h. ohne sie muß der Schaden eintreten drohen. Wird bereits von anderer Seite geholfen, so ist weiterer Beistand unter Umständen nicht mehr erforderlich. Die Pflicht der Behörden der Gefahrenabwehr zur Bekämpfung der Gefahr geht auch hier in vollem Umfang derjenigen der Zivilperson vor³⁾. Bei mehreren an der Gefahrenstelle anwesenden Personen ist jede dieser Personen zum Helfen verpflichtet⁴⁾.

bb) Die Hilfe muß zumutbar sein. Sie ist nicht zumutbar insbesondere dann, wenn sie nur unter erheblicher eigener Gefahr oder unter Verletzung anderweitiger erheblicher Pflichten geleistet werden kann⁵⁾ oder wenn sie tatsächlich nicht möglich ist, weil z. B. der Hilfswillige gehbehindert ist.

cc) Das Gesetz verpflichtet die Zivilperson nicht zur Abwehr der Gefahr. Unter „Hilfe“ ist vielmehr ein Tätigwerden zu verstehen, dessen Zielrichtung die Bekämpfung der Gefahr ist. Der Einzelne braucht daher nicht dafür einzustehen, daß der Schaden evtl. trotz seiner Hilfeleistung eingetreten ist⁶⁾. Der Sinn des § 330 c StGB liegt also darin, daß der Bürger bei Gefahr für die Allgemeinheit nicht untätig bleiben soll, wenn die Gemeinschaft seine Hilfe braucht und ihm ein Eingreifen zumuten kann. Dieser Unterschied zur Verpflichtung der Polizei- und Ordnungsbehörden ist festzuhalten.

Damit ist die erste und wesentlichste Veränderung des Status der Zivilperson durch die Existenz gemeiner Gefahr festgestellt: während bei einer

¹⁾ So § 308 Ziff. 8 Vorentwurf 1909; § 415 Abs. I Entwurf 1913; § 199 Entwurf 1919 (im Abschnitt „Auflehnung gegen die Staatsgewalt“); § 220 Entwurf 1925 (im Abschnitt „gemeingefährliche Handlungen“); § 401 Entwurf 1927 (Übertretung); § 401 Entwurf 1930.

²⁾ Vgl. *Welzel*, S. 369; *Maurach*, S. 406; *Gallas*, S. 396 f.; BGHSt 1, S. 269; nach RGSt 74, S. 200 ist Strafgrund die bezeugte rücksichtslose Gesinnung des Täters.

³⁾ *Schönke*, § 330c, Anm. II 2b auf S. 1114.

⁴⁾ *Schönke*, aaO; BayObLG in NJW 1957, S. 354.

⁵⁾ *Schönke*, aaO.

⁶⁾ *Schönke*, § 330c, Anm. I auf S. 1113; *Maurach*, S. 406; *Georgakis*, S. 6.

noch so dringenden Bedrohung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der Staatsbürger abwarten darf, bis er von der Behörde in Anspruch genommen wird, fällt ihm bei gemeiner Gefahr eine selbständige, quasi-staatliche Funktion zur Bekämpfung dieser Gefahr unter den Voraussetzungen des § 330 c StGB zu, er wird kraft Gesetzes zum Helfer der Behörden der Gefahrenabwehr.

b) § 330 c StGB und Polizei

Aus der Tatsache, daß § 330 c eine selbständige Tätigkeitspflicht des Bürgers mit dem Ziele der Abwehr einer gemeinen Gefahr normiert, ergeben sich für das Polizei- und Ordnungsrecht einige Fragen.

Es war bereits ausgeführt worden, daß die im Tatbestand des § 330 c enthaltene Einschränkung der „Erforderlichkeit“ der Hilfe zu dem Schluß führt, daß hier zuerst die Behörden der Gefahrenabwehr zum Eingreifen verpflichtet sind. Ihnen stehen fest umrissene Befugnisse aus den Polizeigesetzen zu, die sie ausschöpfen können. Unter diesen Voraussetzungen sind folgende Fälle denkbar:

aa) Den Polizei- und Ordnungsbehörden ist die Existenz der gemeinen Gefahr nicht bekannt.

Hier ist die Hilfe der Zivilperson immer erforderlich. Weitere Fragen ergeben sich in diesem Zusammenhang nicht.

bb) Die Polizei- und Ordnungsbehörden haben Kenntnis von der gemeinen Gefahr.

1. Der zur Hilfeleistung in Frage Kommende ist Störer, weil er die Gefahr verursacht hat oder weil er für den Zustand einer gefahrdrohenden Sache verantwortlich ist. Hier kann die Behörde die Zivilperson schon auf Grund des Polizei- und Ordnungsrechts in Anspruch nehmen, ohne daß auf § 330 c zurückgegriffen werden müßte.

2. Die betreffende Zivilperson ist zwar nicht Störer, aber die Voraussetzungen des polizei- oder ordnungsbehördlichen Notstandes liegen vor. Diese Voraussetzungen decken sich nicht mit dem Tatbestand des § 330 c StGB¹⁾. Sie decken sich schon deswegen nicht, weil die gemeine Gefahr nicht gleichbedeutend ist mit der dringenden Gefahr. Andererseits enthalten aber die Notstandsbestimmungen noch die über § 330 c hinausgehenden besonderen Einschränkungen. Ist jedoch der Tatbestand der in Frage kommenden Notstandsvorschriften erfüllt, so haben die Polizei- und Ordnungsbehörden als gefahrenabwehrende Organe des Staates ihre Befugnisse allein aus dieser Vorschrift herzuleiten, wenn damit eine Abwehr der Gefahr gewährleistet werden kann.

3. Der Tatbestand des § 330 c StGB ist erfüllt, der in Anspruch zu Nehmende ist aber an der Entstehung der Gefahr unbeteiligt und die Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes liegen nicht vor, oder eine Inanspruchnahme unter den Einschränkungen der Notstandsvorschrift (Beschränkung auf das in sachlicher und zeitlicher Hinsicht notwendige Maß) verspricht keinen Erfolg. Jetzt ist Hilfe „erforderlich“, während sie

¹⁾ Vgl. Müller-Heidelberg, S. 75; Dreier-Wacke, S. 95 f.; Rietdorf, S. 124 f.; Reiff, S. 60; Altmeyer-De Clerck, S. 86; Weimar, S. 145.

es in den Fällen zu 1. und 2. nicht war, weil die Polizei- und Ordnungsbehörden die ihnen zugestandenen Funktionen selbst ausüben konnten. Die betroffene Zivilperson muß helfend eingreifen, auch ohne daß die Behörde sie dazu anhält.

Es taucht die Frage auf, ob die Polizei jetzt besondere Befugnisse hat, ob sie die Zivilperson zur Hilfeleistung zwingen kann, obwohl diese doch „Unbeteiligter“ ist und die Notstandsvoraussetzungen nicht gegeben sind.

Es bieten sich zwei Wege an, um ein solches Vorgehen der Behörde zu rechtfertigen. Der erste wäre der, in § 330 c StGB die Normierung einer Rechtspflicht zum Handeln zu sehen und die Zivilperson als Störer durch Unterlassen heranzuziehen. Diese Möglichkeit scheidet jedoch aus, weil die Rechtspflicht zum Handeln — sofern man eine solche überhaupt aus § 330 c entnehmen will — erst entstehen würde, nachdem die gemeine Gefahr existent geworden ist. Das pflichtwidrige Unterlassen war nicht Ursache der Gefahr, sondern folgt ihrer Entstehung. Störer ist aber immer nur der, der die Gefahr, auch durch Unterlassen, verursacht hat. Hier dagegen ist die Unterlassung kausal für die Nichtbeseitigung der bereits bestehenden Gefahr.

Trotzdem kann die Polizei m. E. auf die Zivilperson, die bei gemeiner Gefahr verpflichtet wäre, gemäß § 330 c StGB Hilfe zu leisten, durch Zwangsmaßnahmen einwirken. Durch das Nichtgehorden gegenüber dem Befehl des § 330 c und den damit verbundenen Normenbruch entsteht eine neue Gefahr für die öffentliche Sicherheit, weil jeder Verstoß gegen ein Strafgesetz die öffentliche Sicherheit gefährdet. Diese Gefahr hat die Zivilperson verursacht, für sie ist sie verantwortlich. Sie kann daher zur Beseitigung der „Gefahr“ herangezogen werden. Beseitigung der Gefahr heißt aber demnach nicht Abwehr der „gemeinen Gefahr“, sondern Unterlassung des Normenbruchs. Gehorsam gegenüber dem Gebot des § 330 c, m. a. W. Hilfeleistung, d. h. Eingreifen mit dem Ziele der „Bekämpfung“ der gemeinen Gefahr.

Auf diesem Wege bietet sich ein lückenloses System zur Abwehr von Gefahren an. Entweder die Polizei- und Ordnungsgesetze geben den Behörden der Gefahrenabwehr die Befugnis, eine Verpflichtung der Zivilperson zur Abwehr der Gefahr zu begründen oder der Gesetzgeber selbst begründet eine Verpflichtung zur Bekämpfung der Gefahr und für die Behörden ergibt sich aus den Polizeigesetzen nur die Berechtigung, ihre Befolgung zu erzwingen.

§ 15: *Die sonstigen, zur Abwehr einer quantitativ gesteigerten Gefahr möglichen Rechtseingriffe.*

Über die in § 330 c StGB auferlegten Pflichten hinaus hat auch die quantitative Steigerung der Gefahr veränderte Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Zivilperson im Gefolge. Es ist bereits dargestellt worden, daß die quantitativ gesteigerte Gefahr ebenso vom einfachen Gefahrenbegriff ausgeht, wie die akut gesteigerte. Infolgedessen berechtigen die im vorliegenden Kapitel behandelten Gefahrenbegriffe auch zu den im Kapitel I. dargelegten, auf Grund einfacher Gefahr möglichen Rechts-

Anders ist es dagegen bezüglich der Rechtseingriffe die nur zulässig sind zur Abwehr einer akut gesteigerten Gefahr. Da die gemeine Gefahr und die Lebensgefahr kein Mehr gegenüber der dringenden Gefahr darstellen, muß im Einzelfall geprüft werden, ob der der Allgemeinheit oder dem Leben von Menschen drohende Schaden unmittelbar bevorsteht. Nur dann sind die in Kapitel II. dargelegten Eingriffe erlaubt. Hingegen stellen ja die Gefahrenbegriffe des Art. 32 PAG und des § 13 Abs. I S. 2 BVersG eine Kombination beider möglichen Steigerungen des Grades der Gefahr dar, erfüllen also sowohl die Gesetze, die einfache Gefahr erfordern, als auch die, die die dringende Gefahr als Tatbestandsmerkmal enthalten. Liegt eine solche Gefahr vor, so sind also alle bisher behandelten Eingriffe möglich, jedoch ist der § 330 c StGB nicht erfüllt.

Neben den Rechtseingriffen, die auf Grund der in diesem Kapitel behandelten Gefahrenbegriffe ebenso möglich sind wie auf Grund der im vorhergehenden erörterten, stehen die Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, die ausschließlich bei Vorliegen der bestimmt bezeichneten quantitativ gesteigerten Gefahr zulässig sind.

- a) die *gemeine Gefahr* berechtigt zu Eingriffen und Beschränkungen des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung, ohne daß eine andere Rechtsgrundlage als Art. 13 Abs. III GG vorliegt. Diese Bestimmung ist insofern auch nicht eingeschränkt durch § 16 prPVG und die gleichlautenden Vorschriften der Ländergesetze, da hier lediglich festgestellt ist, wann nur auf Grund einer gemeinen Gefahr (oder Lebensgefahr für einzelne Personen) eingegriffen werden darf und die dringende Gefahr trotz vorhandener spezieller Rechtsgrundlage nicht ausreicht¹⁾.
- b) Das gleiche gilt für die *Lebensgefahr für einzelne Personen*.
- c) Bei *unmittelbarer Gefahr für das menschliche Leben* durch ein Tier ist gemäß Art. 32 PAG die Tötung dieses Tieres ohne vorherige Sicherstellung möglich, während das Gesetz sonst in den Fällen, in denen ein so weitgehender Eingriff in das Eigentumsrecht erforderlich ist, Sicherstellung des Gegenstandes verlangt und die Vernichtung oder Verwertung erst nach Ablauf einer Frist zuläßt. Wie bereits erwähnt, ist nicht ersichtlich, warum der bayerische Gesetzgeber hier so scharfe Voraussetzungen verlangt. Nach den übrigen Polizeigesetzen genügt bereits eine einfache Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, um ein Tier zu töten, wenn diese Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht widerspricht.
- d) Besteht eine *unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit* der Teilnehmer einer Versammlung in geschlossenen Räumen, so ist die Polizei nach § 13 Abs. I S. 2 BVersG berechtigt, diese Versammlung aufzulösen. Soweit eine Gefahr als Rechtsgrundlage zum Einschreiten in Frage kommt, ist das der einzige Fall, in dem Eingriffe der Polizei in das Grundrecht der Versammlungsfreiheit bei Versammlungen in geschlossenen Räumen möglich sind. Außerdem kennt § 13 BVersG jedoch andere Eingriffsvoraussetzungen, die vom Gefahrenbegriff unabhängig sind.

¹⁾ Auch Art. 37 PAG macht hier keine Ausnahme, nur die dringende Gefahr ist durch spezifizierte Voraussetzungen ersetzt.

ZUSAMMENFASSUNG

Die gefundenen Ergebnisse

Die Ergebnisse der Untersuchung sind in folgenden Thesen zusammenzufassen:

- I. Gefahr ist ein Zustand, aus dem ein „Schaden“ für ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut hervorzugehen droht.
- II. Ein Zustand beginnt dann, ein gefährlicher zu sein, wenn unter Zugrundelegung eines normalen, ungehinderten Geschehensablaufs der Eintritt einer objektiven, unmittelbaren und abnormen Verminderung eines Rechtsgutes, das eine für Zeit, Ort und Umstände normale Empfindlichkeit gegenüber Verletzungen aufweist, so sehr wahrscheinlich ist, daß bei verständiger Beurteilung mit ihm gerechnet werden muß (einfache Gefahr).
- III. Die von der einfachen Gefahr ausgehende Bedrohung wächst:
 1. wenn der zu befürchtende Schaden unmittelbar vor seiner Verwirklichung steht (akut gesteigerte Gefahr),
 2. wenn der bevorstehende Schaden größer zu sein droht als bei der einfachen Gefahr (quantitativ gesteigerte Gefahr), weil
 - a) die Verletzung eines ungewöhnlich wertvollen Rechtsgutes zu befürchten steht, oder
 - b) eine Vielzahl von Rechtsgütern bedroht ist.
- IV. Unterschiedliche Grade der Gefahr haben unterschiedliche Auswirkungen auf den negativen Status der Zivilperson.
 1. In Bezug auf den Personenkreis, gegen den die öffentliche Gewalt vorzugehen berechtigt ist:
 - a) bei einfacher Gefahr sind Eingriffe nur gegenüber dem Störer zugelassen;
 - b) bei akut gesteigerter Gefahr darf auch der Nichtstörer herangezogen werden, wenn polizeiliche Mittel erschöpft sind;
 - c) bei quantitativ gesteigerter Gefahr (gemeiner Gefahr) verpflichtet das Gesetz selbst (§ 330 c StGB) die Zivilperson zum Eingreifen, ohne daß die Organe der Staatsgewalt sie dazu anhalten hätten.
 2. In Bezug auf die Grundrechte, deren Beeinträchtigung zulässig ist:
 - a) bei einfacher Gefahr dürfen Freiheiten nicht entzogen werden; in Bayern sind gewisse Eingriffe in das Eigentum versagt. Die Unverletzlichkeit der Wohnung und die Versammlungsfreiheit dürfen nicht angetastet werden;

- b) bei akut gesteigerter Gefahr sind auch Freiheitsentziehungen erlaubt; auf Grund speziellen Gesetzes können Einschränkungen der Unverletzlichkeit der Wohnung (z. T. auf die Tageszeit beschränkt) erfolgen;
- c) bei quantitativ gesteigerter Gefahr (gemeiner Gefahr oder Lebensgefahr für einzelne Personen) können Eingriffe in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung auf die Verfassung direkt gestützt werden (Art. 13 Abs. III GG);
- d) nur wenn quantitativ und akut gesteigerte Gefahr zusammenreffen, darf in die Versammlungsfreiheit bei Versammlungen in geschlossenen Räumen eingegriffen werden; auch in Bayern sind dann alle Eingriffe in das Eigentumsrecht zulässig.

LEBENS LAUF

Am 15. Juli 1934 wurde ich als zweiter Sohn des Kaufmanns Ernst Dröge und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Krake, in Magdeburg geboren. Kurz vor Ausbruch des zweiten Weltkrieges siedelten meine Eltern nach Schötmar in Lippe, der Geburtsstadt meines Vaters, über. Hier besuchte ich ab Ostern 1940 die Volksschule und ab Herbst 1945 das Mathematisch-Naturwissenschaftliche Gymnasium für Jungen in Bad Salzungen, an dem ich zu Beginn des Jahres 1954 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1954 immatrikulierte ich mich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg und blieb hier vier Semester lang, bis zum Wintersemester 1955. Dann wechselte ich über an die Westfälische Wilhelms-Universität zu Münster, wo ich den Rest meines Studiums absolvierte. Am 7. Dezember 1957 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm i. W. die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit dem 15. Januar 1958 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für die zweite juristische Staatsprüfung, den ich im Jahre 1958 vorübergehend unterbrochen habe, um diese Dissertation anzufertigen.

